SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS DE DIREÇÃO E DE CÚPULA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Decano
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE

ÓRGÃO ESPECIAL

Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Hamilton ELLIOT AKEL
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
MOACIR Andrade PERES
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
MÁRCIO Orlando BARTOLI
JOÃO CARLOS SALETTI
ROBERTO Mário MORTARI
LUIZ Antonio AMBRA
FRANCISCO Antonio CASCONI

José RENATO NALINI
PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI
VANDERCI ÁLVARES
José Henrique ARANTES THEODORO
Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
EROS PICELI
ANTONIO CARLOS VILLEN
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
LUIZ ANTONIO DE GODOY
José Roberto NEVES AMORIM
Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Decano
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador EROS PICELI***
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador ARTUR MAQUES da Silva Filho
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA FILHO**
Desembargador ROBERTO MAIA FILHO**
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

1ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY***
Desembargador RUI CASCALDI
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargadora CHRISTINE SANTINI
Desembargador CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR**

2ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES***
Desembargador José Roberto NEVES AMORIM
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargadora MARCIA TESSITORE*
Desembargador GUILHERME SANTINI TEODORO*

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 509)

3ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI***
Desembargador Artur Cesar BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador EGIDIO Jorge GIACOIA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS***
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA DISPONÍVEL)

5ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Carlos MATHIAS COLTRO
Desembargador ERICKSON GAVAZZA MARQUES
Desembargador JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA
Desembargador JAMES Alberto SIANO***
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIRÓZ**
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**

6ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VITO José GUGLIELMI
Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior***
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**
Desembargadora ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 509)

7ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO SILVA COSTA
Desembargador MIGUEL ANGELO BRANDI JÚNIOR
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI***
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador RÔMOLO RUSSO JÚNIOR
Desembargador CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA**
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

8ª Câmara de Direito Privado (sala 407/425 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRASIL***
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ*

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 2º ANDAR — (SALA 211/213)

9ª Câmara de Direito Privado (sala 404 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI***
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargadora LUCILA TOLEDO PEDROSO DE BARROS**
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO*
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN*
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

10ª Câmara de Direito Privado (sala 211 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES***
Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador CESAR CIAMPOLINI NETO
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — 6º ANDAR — (SALAS 604 OU 622)

11ª Câmara de Direito Privado (sala 217 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GILBERTO PINTO DOS SANTOS***
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador ALBERTO MARINO NETO

12ª Câmara de Direito Privado (sala 404 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargadora MÁRCIA CARDOSO*

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

13ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN***
Desembargadora ANA DE LOURDES Coutinho Silva da Fonseca
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO
Desembargadora NELSON JORGE JÚNIOR
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

14ª Câmara de Direito Privado (sala 211 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO***
Desembargador MAURICIO PESSOA

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 504 OU 509)

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL
Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Luiz Antonio COLEHO MENDES
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**
Desembargador JAIRO OLIVEIRA JÚNIOR**
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*

16ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto***
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador LUÍS FERNANDO Balieiro LODI

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

17ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador HENRIQUE NELSON CALANDRA
Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ***
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

18ª Câmara de Direito Privado (sala 404 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira
Desembargador WILLIAM MARINHO de Faria***
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

19ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador SEBASTIÃO Alves JUNQUEIRA
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador MÁRIO CARLOS DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***

20ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÁLVARO TORRES JÚNIOR
Desembargador Luiz CORREIA LIMA***
Desembargador LUIS CARLOS DE BARROS
Desembargador Manoel Ricardo REBELLO PINHO
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Júnior

11º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 622/510)

21ª Câmara de Direito Privado (sala 404 — 2ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO***
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA

22ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador THIERS FERNANDES LOBO
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador SÉRGIO RUI DA FONSECA***
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 510/504)

23ª Câmara de Direito Privado (sala 621 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho***
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador SÉRGIO SEIJI SHIMURA
Desembargador MARCOS GOZZO**

24ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA***
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR
Desembargador ERSON Teodoro de OLIVEIRA
Desembargadora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES**

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 621/623)

25ª Câmara de Direito Privado (sala 621/623 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VANDERCI ÁLVARES***
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargadora CARMEN LUCIA DA SILVA**

26ª Câmara de Direito Privado (sala 217 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO
Desembargador JOSÉ PAULO CAMARGO MAGANO*

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ RENATO NALINI
Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO**
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

28ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR*

15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 232/236)

29ª Câmara de Direito Privado (salas 232/236 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS***
Desembargador FRANCISCO THOMAZ de Carvalho Júnior
Desembargadora SILVIA ROCHA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**

30ª Câmara de Direito Privado (salas 218/220 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto LINO MACHADO
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargadora MONICA SALLES PENNA MACHADO**

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 510 OU 612)

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN***
Desembargador ADILSON DE ARAUJO
Desembargador CARLOS NUNES Neto

32ª Câmara de Direito Privado (sala 211/213 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR***
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

33ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 2ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador EROS PICELI
Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador CARLOS NUNES Neto
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

34ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargador NESTOR DUARTE
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

35ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho***
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME
Desembargador ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

36ª Câmara de Direito Privado (salas 201/203 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JAYME QUEIROZ Lopes Filho
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador WALTER CESAR Incontri EXNER***
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA OU QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/511)

37ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador PEDRO YUKIO KODAMA***
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

38ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador EDUARDO Almeida Prado Rocha de SIQUEIRA
Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO LUIZ SASTRE REDONDO
Desembargador FLÁVIO Cunha da SILVA
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Júnior
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (salas 509 — 4ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO***
Desembargador CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY**
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 510 — 2ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de Souza***
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO (Resolução nº 643/2014)

4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI***
Desembargador Mauro CONTI MACHADO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA

5ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ENIO Sanatarelli ZULIANI
Desembargador NATAN ZELINSCHI de Arruda
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN

6ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO***

7ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA***
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

8ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI***
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**
Desembargador FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembragador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**

9ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador ADILSON DE ARAUJO
Desembargador Luis FERNANDO NISHI

10ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA

11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador LEONEL CARLOS DA COSTA
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO

12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho***
Desembargador EROS PICELI
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**
Desembargador TERCIO PIRES**
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO
(Resolução nº 668/2014)

13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador Mauro CONTI MACHADO
Desembargador MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO**

14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIRÓZ**
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

15ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO***
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA

16ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva***
Desembargador José JACOB VALENTE
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

18ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA

19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho***
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

1ª Câmara de Direito Público (sala 227 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO***
Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI
Desembarағador MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

2ª Câmara de Direito Público (sala 217/219 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO***
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI***
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE
Desembargador CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI**

3ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos MALHEIROS***
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA
Desembargador RONALDO ALVES DE ANDRADE**
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

4ª Câmara de Direito Público (sala 211/213 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
Desembargador RICARDO Santos FEITOSA
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargadora ANA Luiza LIARTE***
Desembargador LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL**

5ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES***
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

6ª Câmara de Direito Público (sala 217/219 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Desembargador Decio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargador SIDNEY ROMANO dos Reis
Desembargador REINALDO MILUZZI
Desembargadora MARIA OLÍVIA PINTO ESTEVES ALVES***
Desembargadora SILVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE**

7ª Câmara de Direito Público (sala 504 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador MOACIR Andrade PERES
Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO
Desembargador EDUARDO CORTEZ DE FREITAS GOUVÊA***
Desembargador LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

8ª Câmara de Direito Público (sala 227 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES***
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**
Desembargador MANOEL LUIZ RIBEIRO*

9ª Câmara de Direito Público (sala 217/219 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI***
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

10ª Câmara de Direito Público (sala 201/203 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos VILLEN
Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES***
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA
Desembargador MARCELO SEMER**

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador Pedro Cauby PIRES DE ARAÚJO***
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

12ª Câmara de Direito Público (sala 211/213 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA
Desembargador Luiz BURZA NETO
Desembargador VENICIO Antônio de Paula SALLES
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

13ª Câmara de Direito Público (sala 201/203 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES***
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

14ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araujo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO*

15ª Câmara de Direito Público (sala 404 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargador RAUL JOSÉ DE FELICE
Desembargador ALOISIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

18ª Câmara de Direito Público (sala 211/213 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERICHI
Desembargador OSVALDO CAPRARO
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães Peret Filho
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA***
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI**
Desembargador JOSÉ LUIZ DE CARVALHO*

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

16ª Câmara de Direito Público (sala 201/203 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO***
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI**
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*
Desembargador BENJAMIM SIMÃO JÚNIOR*
Desembargador ANTÔNIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA*
Desembargador JOSÉ MARCELO TOSSI SILVA*
Desembargador JAIR DE SOUZA*
Desembargador OLAVO SÁ PEREIRA DA SILVA*

17ª Câmara de Direito Público (sala 201/203 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO José Martins MOLITERNO
Desembargador RICARDO GRACCHO
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida Pedroso Neto***
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador NELSON Paschoal BIAZZI Júnior
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador CARLOS FONSECA MONNERAT*
Desembargador AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR*
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO*
Desembargador FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE*
Dsembargador ROGÉRIO MARRONE DE CASTRO SAMPAIO*

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resolução nº 683/2015)

1ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI

2ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
Desembargadora VERA Lucia ANGRISANI
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA

3ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES

4ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO

5ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 501 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador João Francisco MOREIRA VIEGAS***
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 232/236 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargadora VERA Lucia ANGRISANI
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 217/219)

1ª Câmara de Direito Criminal (sala 201/203 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI***
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador Mário DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA

2ª Câmara de Direito Criminal (sala 217/219 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador JAIR MARTINS
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

3ª Câmara de Direito Criminal (salas 407/425 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador LUIZ TOLOZA NETO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador CESAR MECCHI MORALES***

4ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO***

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203)

5ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN***
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS
Desembargador JUVENAL José DUARTE

6ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA***
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva
Desembargador MARCOS ANTONIO CORREA DA SILVA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220)

7ª Câmara de Direito Criminal (salas 218/220 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Sérgio Jacintho Guerrieri Rezende
Desembargador ROBERTO Mário MORTARI
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho***
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargadora IVANA DAVID**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador MARCO ANTONIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador LOURI Geraldo BARBIERO
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO***
Desembargador ALCIDES MALOSSI JÚNIOR
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

9ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador Antonio ROBERTO MIDOLLA
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE

10ª Câmara de Direito Criminal (sala 404 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador Francisco José GALVÃO BRUNO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior***
Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 504/506 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargadora MARIA TEREZA DO AMARAL***
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho

12ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos VICO MAÑAS***
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI
Desembargadora ANGÉLICA de Maria Mello DE ALMEIDA
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

13ª Câmara de Direito Criminal (sala 403 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador Ronaldo Sério MOREIRA DA SILVA
Desembagador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto***
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador WALTER DA SILVA***
Desembargador MARCO ANTONIO DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220) E/OU QUINTA-FEIRA — PJ (SALA 229)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 227 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ***
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 218/220 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador José Ruy BORGES PEREIRA
Desembargador NEWTON de Oliveira NEVES
Desembargador Otávio Augusto de ALMEIDA TOLEDO
Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI***
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 666/2014)

1ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 218/220 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI***
Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

2ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 232/236 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

3ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 232/236 — 6ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUIS SOARES DE MELLO Neto***
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador SILMAR FERNANDES**
Desembargador CASSIANO RICARDO ZORZI ROCHA**
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**

4ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 504/506 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador GUILHERME GONÇALVES STRENGER***
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 667/2014)

5ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 404 — 6ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO***
Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador OTÁVIO Augusto DE ALMEIDA TOLEDO
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior

6ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 511 — 5ª feira — 09:30 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY***
Desembargador Antonio ROBERTO MIDOLLA
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

PJ – Palácio da Justiça (Praça da Sé s/nº)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Silmar Fernandes
Cláudio Luiz Bueno de Godoy
José Roberto Furquim Cabella
Milton Paulo de Carvalho Filho
Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira
Samuel Francisco Mourão Neto
Denise Andréa Martins Retamero
Cláudio Augusto Pedrassi
Edson Luiz de Queiroz
Roberto Maia Filho
Cassiano Ricardo Zorzi Rocha
Ronaldo Alves de Andrade
Walter Rocha Barone
Aguinaldo de Freitas Filho
Marcelo Fortes Barbosa Filho
Lucila Toledo Pedroso de Barros
Kenarik Boujikian Felippe
João Batista Amorim de Vilhena Nunes
Alcides Leopoldo e Silva Júnior
José Maria Câmara Júnior
Amable Lopez Soto
Ramon Mateo Júnior
Carlos Vieira Von Adamek
Cláudio Antonio Marques da Silva
Márcia Regina Dalla Déa Barone
Maurício Valala
Hamid Charaf Bdine Júnior
Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
Cesar Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida
Marcelo Coutinho Gordo
Gilson Delgado Miranda
Fábio Henrique Podestá
Luís Augusto de Sampaio Arruda
Eduardo Crescenti Abdalla
César Augusto Andrade de Castro
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes
Aloisio Sérgio Rezende Silveira

Nuncio Theophilo Neto
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
Monica Salles Penna Machado
Lauro Mens de Mello
Ana Lucia Romanhole Martucci
Ricardo Cunha Chimenti
José Henrique Fortes Muniz Júnior
Ivana David
Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Lidia Maria Andrade Conceição
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira
César Luiz de Almeida
José da Ponte Neto
Marcelo Lopes Theodosio
Rosangela Maria Telles
Iasin Issa Ahmed
Laerte Marrone de Castro Sampaio
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Osni Assis Pereira
Heloisa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz
Sérgio Mazina Martins
João Batista de Mello Paula Lima
Ségio Leite Alfieri Filho
Alfredo Attié Júnior
Euripedes Gomes Faim Filho
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Oliveira Júnior
Marcos Antonio Correa da Silva

DOUTRINA

MANDADO DE SEGURANÇA – ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS

VICENTE DE ABREU AMADEI[1]

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. **2.** Requisitos constitucionais/legais e cabimento do mandado de segurança. **2.1.** Direito líquido e certo. **2.2.** Ato jurídico de autoridade ilegal ou abusivo. **2.3.** Hipótese de exclusão ou de não cabimento do *mandamus*. **3.** Legitimidade. **4.** Intervenção de terceiros. **5.** Prazo e decadência. **6.** Procedimento e questões intercorrentes. **6.1.** Valor da Causa. **6.2.** Desistência da ação e perda de objeto por fato superveniente. **6.3.** Medida liminar. **6.4.** Revelia. **7.** Sentença. **8.** Recursos e reexame necessário. **9.** Suspensão de segurança. **10.** Conclusão. Anexo complementar (despachos/decisões de juízes).

1. Introdução.

Mandado de segurança é, sob o ângulo constitucional, direito fundamental de garantia individual contra ato ou omissão de autoridade, ilegal ou abusivo. Tem, pois, *status* constitucional desde a Constituição Federal de 1934 (exceção à CF-1937), atualmente centrado no art. 5º, LXIX, da CF/88, e, nesta perspectiva, é importante ferramenta do Estado de Direito, pelo controle externo de legalidade e de fim dos atos de autoridade, em modo rápido, garantido a todos (brasileiros e estrangeiros).

Sob o ângulo processual, mandado de segurança é ação judicial de feição peculiar, ajuizada por sujeito lesado ou ameaçado em seu direito, em face de ato ou omissão de autoridade, ilegal ou abusivo, sem confronto de direitos entre partes (em polos opostos), sem possível ampliação da causa jurídica posta em Juízo, com rito próprio e abreviado, destacando-se a necessidade de prova pré-constituída de todos os

---

1 Desembargador, na 1ª Câmara de Direito Público do TJSP. Este artigo, de feição prático-jurisprudencial, foi elaborado como subsídio de aula gravada no ano de 2014, na Escola Paulista da Magistratura (EPM), destinada a juízes que ingressam ou que retornam à sua atividade judicante em Varas da Fazenda Pública.

Acesso ao Sumário

fatos que dão suporte ao direito invocado, prova essa necessariamente documental, sem possibilidade de dilação probatória. E, assim, em nossa legislação infração infraconstitucional, foi disciplinado em três leis, duas já revogadas (Lei 191/36 e Lei 1533/51) e uma, atualmente, em vigor, a Lei 12.016/2009.

Tão relevante é este instrumento processual e tão intenso é o seu uso, que, só em súmulas de nossos tribunais superiores, já ganhou 23 enunciados: 13 do STF; 10 do STJ.

Cuida-se, aqui, de alguns aspectos prático-jurisprudenciais do mandado de segurança, buscando, nesta matéria, discorrer sobre algumas das principais e reiteradas questões enfrentadas em Juízo e nos Tribunais. Isso, contudo, apenas para o mandado de segurança individual, e não para o coletivo, ao qual se reporta apenas tangencialmente[2], lembrando que a Constituição Federal (art. 5º LXX, *a* e *b*), para a tutela dos interesses transindividuais[3] nesta via, deu-lhe denominação própria, agregando este adjetivo (mandado de segurança coletivo).

2. Requisitos constitucionais/legais e cabimento do mandado de segurança.

Do item LXIX do art. 5º da CF e do 1º da Lei 12.016/09 sintetizam-se dois requisitos específicos do mandado de segurança, que também

2 Tangencialmente, anotem-se apenas algumas discussões práticas relevantes em relação ao mandado de segurança coletivo: **a)** legitimados são os partidos políticos, associações, sindicatos e o Ministério Público (art. 21), mas também há entendimento que amplia o rol desses legitimados para todos os que têm capacidade processual para as ações coletivas; **b)** "*a sentença proferida em ação coletiva somente surte efeito nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu e exclusivamente em relação aos substituídos processuais que ali eram domiciliados à época da propositura da demanda*" (STJ, REsp 1307178/CE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, com menção a vários precedentes do STJ: AgRg no REsp 1279061/MT; AgRg no REsp 1184216/DF; AgRg no REsp 972.765/PE); **c)** não há litispendência entre mandado de segurança individual e coletivo (art. 22, §1º, da Lei 12.016/09) e, para se beneficiar da coisa julgada coletiva, o impetrante deve desistir do mandado de segurança individual (art. 22, §1º), mas, no foco do art. 104 do CDC, há quem admite apenas a suspensão do mandado de segurança individual; **d)** de qualquer modo, sempre é facultado o ajuizamento de ação individual, *"independente de coexistência da ação coletiva"* (Ap. nº 0010751-53.2009.8.26.0318, rel. Des. Pires de Araújo), e, assim, a ação coletiva em nada obsta da ação individual nem o julgamento daquela importa em prevenção para o julgamento desta, e, ainda, a solução genérica da causa coletiva não reflete na causa singular, que tem seus próprios contornos de especificidade.

3 Enquanto o mandado de segurança (individual) destina-se à tutela de direito individual, o mandado de segurança coletivo destina-se à tutela de direito transindividual – coletivos e individuais homogêneos – havendo divergência se também cabe para a tutela de direitos difusos, ante sua omissão no rol do parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/09 (aqueles que não o admitem para os direitos difusos, sustentam que para a proteção destes cabe apenas a ação civil pública).

Acesso ao Sumário

atuam como limites de adequação instrumental.

2.1. Direito líquido e certo.

É aquele que se comprova de plano, não carece de dilação probatória e tem, na documentação que acompanha a petição inicial, suficiente instrução dos fatos a que se reporta.

A chave para se compreender a satisfação deste requisito, pois, não é a da leitura da fonte do direito (princípio jurídico, norma legal ou contratual etc.) que ampara o impetrante, mas, sim, a verificação formal da evidência do fato que dá suporte ao direito invocado. Por isso se diz que mandado de segurança exige prova pré-constituída, ou seja, há direito líquido e certo na medida em que houver prova documental suficiente para, por si, revelar o fato constitutivo do direito deduzido em Juízo.

Daí, quando esse fato não for aferível de plano ou necessitar de dilação probatória (v.g. prova testemunhal ou pericial), então, não há direito líquido e certo, e, com isso, a via eleita não é adequada: há, então, carência da ação, por falta de interesse de agir, na modalidade da inadequação da via eleita.

Diversos são, neste foco, os julgados, quer para afirmar o cabimento do *mandamus*, quer para o negar, tais como os exemplos a seguir:

- mandado de segurança é via adequada para a tutela de direito fundamental à saúde, em situação de recusa, pela autoridade pública, no fornecimento de medicamentos indispensáveis à vida digna do ser humano, bastando, para tanto, o relatório médico e a prescrição específica do medicamento, assinada por médico responsável pelo tratamento de seu paciente, não havendo necessidade de receita oficial do SUS nem de perícia médica para o julgamento do feito[4];

- "*não cabe mandado de segurança para impugnar enquadramento da Lei 3.780, de 12-7-1960, que envolva exame de prova ou de situação funcional complexa*" (Súmula 270 do STF);

- "é incabível o *mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte*" (Súmula 460 do STJ);

- mandado de segurança não é sucedâneo de ação possessória, pois nele não se admite resolver questões pertinentes à posse, que

4 v.g. TJSP: Ap. nº 994.09.386491-0, rel. Des. Israel Góes dos Anjos, Ap. nº 933.081.5/5-00, rel. Des. Sérgio Gomes; Ap. nº 947.718.5/0-00, rel. Des. Franklin Nogueira; Ap. nº 994.08.186097-5, rel. Des. Sidney Romano dos Reis.

Doutrina
Acesso ao Sumário

demandam produção de provas[5];

- mandado de segurança "*não se mostra adequado à reavaliação do conjunto probatório produzido no processo administrativo*".[6]

Assim, em resumo, a "*controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*" (Súmula 625 do STF), mas a controvérsia sobre a matéria de fato, que reclama dilação probatória, sim, pois é nisto (i. é, na insuficiência da prova documental para a instrução do julgador) que manca o direito líquido e certo.

Cuidado, entretanto, com um detalhe: "*não é lícito denegar-se o Mandado de Segurança por falta de prova do ato, se a autoridade coatora confirma que efetivamente o praticou*"[7].

2.2. Ato jurídico de autoridade ilegal ou abusivo:

Ato jurídico, para o fim em exame, é fato histórico da vida de efeitos jurídicos concretos. Por isso, se diz que mandado de segurança não cabe contra a lei em tese (Súmula 226 do STF), mas, sim, contra decisão ou ato de efeitos concretos, ou seja, ante conduta singular de autoridade, que, de modo particularizado ou específico, atinge a esfera jurídica de alguém.

Ato de autoridade não é o mesmo que ato administrativo, embora a maior parte dos mandados de segurança impetrados o tenha por objeto.

Ato de autoridade é ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Na categoria de atos de autoridade, pois, enquadram-se os atos estatais, que podem ser atos administrativos, legislativos (v.g. atos do processo legislativo, atos legais de efeitos concretos[8]) e até judiciais.

Quanto aos atos judiciais suscetíveis de mandado de segurança, destaquem-se duas relevantes súmulas: a) primeira: "*Impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso*" (Súmula 202 do STJ); b) segunda: "*Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial*" (Súmula 376 do STJ).

Acesso ao Sumário

5 STJ, RMS 26.475/AC, rel. Min. Nancy Andrighi; RMS 431/RJ, rel. Min. Athos Carneiro.

6 STJ, MS 15.090/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

7 REsp. 83.800/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

8 STJ: RMS 34.029/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, e os vários outros julgados mencionados neste aresto – STJ: REsp 1200324/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques; AgRg no Ag 1302289/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki; RMS 23.306/AC, rel. Min. Castro Meira; STF: AI 637465 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

E, neste último ponto, anote-se que o cabimento de impetração do mandado de segurança contra ato judicial emanado de Juizado Especial comporta exame cuidadoso, pois, há um grupo de casos, de orientação jurisprudencial consolidada no TJSP, apoiada em precedentes das Cortes superiores, segundo os quais o mandado de segurança impetrado contra ato do presidente ou de membros das Turmas Julgadoras dos Colégios Recursais é de competência do próprio Colégio Recursal e não do TJSP[9]. Idem, em caso de decisão prolatada por Juízo de Juizado Especial[10]. Todavia, para o único fim de resolver a discussão sobre a competência, ou incompetência, dos Juizados Especiais, o Tribunal de Justiça é o competente para conhecer o mandado de segurança impetrado para o controle de competência de decisão proferida por Juizado Especial Cível[11].

Em relação aos atos administrativos é preciso atenção a dois pontos: a) a qualificação de seu sujeito como autoridade ou a ela equiparado (causa subjetiva do ato impugnado: a autoridade do agente do qual emana); b) a qualificação da sua matéria como de direito público (causa objetiva do ato impugnado: o direito público que o envolve).

No primeiro, para além das autoridades da Administração Direta, a própria lei esclarece que se equiparam a autoridade, para fins de mandado de segurança, "*os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes, de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que diz respeito a essas atribuições*" (§ 1º do art. 1º da Lei 12.016/09). Logo, no exercício da função pública, para o controle de legalidade dos atos próprios desta função, cabe, a princípio, mandado de segurança contra oficiais de registros públicos, tabeliães, leiloeiro oficial, por exemplo.

No segundo, especialmente para os atos praticados pela Administração Indireta e para os casos de delegação de serviços públicos aos particulares, é preciso distinguir os atos privados ou de gestão comercial (para os quais não cabe o mandado de segurança: art. 1º, § 2º, da Lei 12.016/09) daqueles que são realizados no exercício de atribuições do poder público e cuja matéria seja de direito público (para os quais, então, cabe o mandado de segurança). Assim, por

9 MS nº 0089709-95.2013.8.26.0000, rel. Des. Maria Laura Tavares; MS nº 0059018-98.2013.8.26.0000, rel. Des. Oscild de Lima Júnior; MS nº 0076306-59.2013.8.26.0000, rel. Des. Pereira Calças; MS nº 0038705-19.2013.8.26.0000, rel. Des. Mendes Gomes; MS nº 0344565-64.2009, rel. Des. Morais Pucci; MS nº 0145211-87.2011.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 21.7.2011.

10 MS nº 2015718-52.2013.8.26.0000, rel. Des. Nelson Jorge Júnior.

11 STJ, RMS nº 17.524-BA, rel. Min. Nancy Andrighi; AgRg no RMS 42598/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, com destaque a vários precedentes.

Doutrina

Acesso ao Sumário

exemplo, licitação e concurso público são matérias de direito público, exigências a que também se submetem as sociedades de economia mista e as empresas públicas, e que, na razão destes atos, justifica-se o cabimento do mandado de segurança (Súmula 333 do STJ, em hipótese de licitação; AgRg no REsp 1250187/BA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, por exemplo, em caso de concurso público).

Ato ilegal é o contrário a ordem jurídica, e ato abusivo de poder é o desviado do seu legítimo exercício ou de seu fim, o seja, por excesso na esfera da atribuição do agente ou por desvio de finalidade do ato praticado.

Tanto a ilegalidade, quanto o abuso de poder configuram ofensa ao direito líquido e certo, que, (a) pela forma da conduta ofensiva, pode qualificar-se como ato ou omissão – e, daí, as figuras do mandado de segurança por ação ou por omissão da autoridade coatora – e, ainda, (b) pelo resultado desta conduta, pode configurar lesão ou ameaça de lesão – e, daí, as figuras dos mandados de segurança repressivo (de direito violado) ou preventivo (de direito ameaçado).

Ilegalidade ou abuso de poder, então, são qualificações necessárias do ato concreto de autoridade atacado em mandado de segurança, que, de outra banda, aponta para a concretude de uma ofensa a direito líquido e certo, da qual, então, nasce a possibilidade de reparo judicial pelo *writ*, com o ajuizamento da ação judicial peculiar pelo legitimado, ou seja, pelo impetrante lesado ou ameaçado.

Assim se diz que "*O mandado de segurança pressupõe a existência de direito próprio do impetrante. Somente pode socorrer-se dessa ação o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão por ato ou omissão de autoridade*"[12].

1.3. **Hipóteses de exclusão ou de não cabimento do *mandamus*.**

Acesso ao Sumário

Para além da verificação dos requisitos constitucionais/legais para a assertiva do cabimento do mandado de segurança, é preciso atenção às hipóteses constitucionais/legais de exclusão desta via judicial, ou seja, que apontam para o não cabimento do *writ*.

Direito líquido e certo amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data* afasta o cabimento do mandado de segurança por preceito constitucional (art. 5º, LXIX, CF) e legal (art. 1º da Lei 12.016/09), e, daí, se diz que o *mandamus* é instrumento processual residual.

Oportuno, contudo, lembrar, alguns detalhes: a) *habeas corpus* cabe, também, para trancar ação penal e inquérito policial sem justa

12 STF, Plenário, MS 28.772-AgR, rel. Min. Dias Toffoli.

causa, mas não cabe para trancar processo administrativo disciplinar, que tem, então, no mandado de segurança a sua via adequada[13]; d) *habeas data* é para assegurar o acesso às informações pessoais do impetrante, ou para a retificação dos dados oficiais correlatos, e, portanto, para obter informações, certidões ou cópias de registros, livros, processos ou assentos de caráter público, de terceiros, ou, então, que não tenham a feição estrita de informação pessoal (v.g. informação ou certidão de tempo de serviço ou de tempo de contribuição)[14], o mandado de segurança é a via adequada. E, sob o escudo da fungibilidade, não se pode converter *habeas corpus* ou *habeas data* em mandado de segurança (e vice-versa), desconsiderando os requisitos específicos e a competência originária de cada ação, lembrando, ainda, que não cabe mandado de segurança de ofício[15].

Por outro lado, o art. 5º da Lei 12.016/09 acresce outras hipóteses legais de não cabimento do mandado de segurança: a) contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; b) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; c) de decisão judicial transitada em julgado.

Aquele primeiro óbice legal ("a") tem por fim evitar a utilização simultânea da via administrativa e da judicial, e, daí, caso não se tenha ingressado na via administrativa para questionar o ato, ou, mesmo que se tenha ingressado nesta via, mas se perdeu o prazo para o recurso administrativo que teria efeito suspensivo, ou, ainda, se o recurso administrativo interposto estiver condicionado a algum tipo de caução, então, está aberta a via judicial, que não se pode truncar. Importa, ademais, não confundir esta restrita hipótese com a alegação genérica e despida de juridicidade de que é preciso antes postular ou esgotar a via administrativa, para depois impetrar o mandado de segurança, até porque, por preceito constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), não se pode afastar a tutela jurisdicional[16].

Quanto aos demais óbices ("b" e "c") referentes ao mandado de segurança contra ato judicial, oportuno enfatizar que mandado de

---

13 TJSP, Ap. 2123026-16.2014.8.26.0000, rel. Des. Aliende Ribeiro.

14 TJSP: Ap. 0014192-71.2013.8.26.0554, rel. Des. Magalhães Coelho.

15 STJ: AgRg no HC 299.689/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão; RMS 19.114/SP e MS 8.196/DF, ambos rel. Min. Felix Fischer.

16 A título ilustrativo, vale a firme jurisprudência do TJSP, em sede de tutela de direito à vida digna e à saúde, que aponta ser desnecessária a recursa formal da Administração em fornecer medicamentos, insumos ou tratamento, colhendo até mesmo da contestação a evidente resistência da Administração Pública, para afirmar o interesse de agir do impetrante (v.g. Ap. nº 825.610.5/8-00, rel. Des. Celso Bonilha; Ap. nº 449.881.5/2-00, rel. Des. José Santana; Ap. nº 895.270.5/2-00, rel. Des. Leme de Campos; Ap. nº 834.431.5/1-00, rel. Des. Venicio Salles; Ap. nº 934.806.5/2-00, rel. Des. Lineu Peinado).

segurança não é substitutivo de ação rescisória[17] nem destinado a atacar coisa julgada, (Súmula 268 do STF), quer material, quer formal, abrindo-se exceção apenas para quadro de sentença proferida em processo sem citação da parte[18], bem como que, para as decisões judiciais diversas, o seu cabimento é condicionado a quadro de ato teratológico não passível de recurso (Súmula 267 do STF)[19]. Portanto, existindo recurso próprio para impugnação da decisão judicial atacada, inviável a sua substituição pelo mandado de segurança.

2. **Legitimidade**

Em relação à legitimidade ativa, a solução fundamental consta no art. 1º da Lei 12.016/09, que não foge à regra geral da legitimidade ordinária, e, daí, legitimado para impetrar mandado de segurança é aquele cujo direito foi lesado ou ameaçado, não se admitindo impetrar segurança em nome próprio, para tutela de direito alheio[20], diversamente do que ocorre em *habeas corpus*.

Falecido o impetrante no curso do mandado de segurança, "*a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é cabível a sucessão de partes, ante o caráter mandamental e a natureza personalíssima da demanda*" e, daí, a solução de extinção do *mandamus*.[21]

Entretanto, caso falecido após o término do processo de conhecimento, viável é a habilitação dos herdeiros para a fase de execução, pois este quadro não conduz à extinção do processo satisfativo[22].

No trato da legitimidade passiva, emerge, em primeiro plano, a figura da autoridade coatora, que tem sua identificação pelo critério legal do art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/09 - é aquela que praticou o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática -, e, ainda, pelo

17 STF-Pleno, RMS 11170, rel. Victor Nunes.

18 STJ: RMS 8807/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido.

19 TJSP: MS nº 0104790-60.2008.8.26.0000, rel. Des. Franklin Nogueira; MS nº 9029084-54.2004.8.26.0000, rel. Des. Danilo Panizza.

20 "O agravante não dispõe de legitimidade para pleitear, em mandado de segurança, direito alheio em nome próprio. O mandado de segurança pressupõe a titularidade do direito pretensamente lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública." (STF, Plenário, MS 32.058-AgR, rel. Min. Cármen **Lúcia**).

21 STJ: AgRg no AgRg no REsp 1415781/PR, rel. Min. Humberto Martins, com menção a outros julgados do STJ: EDcl no MS 11.581/DF, rel. Min. Og Fernandes; MS 17.372/DF, rel. Min. Herman Benjamin. Confira, ainda, do mesmo STJ, EDcl no MS 12.147/DF, rel. Min. Humberto Martins.

22 STJ, AgRg na ExeMS 115/DF, rel. Min. Luiz Fux.

Acesso ao Sumário

norte jurisprudencial decantado, ao salientar que "*autoridade coatora no Mandado de Segurança é aquela a qual a lei atribui competência para a prática de ato concreto que possa sanar a ilegalidade apontada".*[23] E, ainda, em sede de competência delegada, atente-se ao enunciado da Súmula 510 do STF: "*praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial*".

É oportuna a lição do Min. Ari Pargendler no RMS 38.735/CE, ao vincular a análise da legitimidade passiva às funções que a autoridade coatora exerce no feito:

"A autoridade coatora desempenha duas funções no mandado de segurança: a) uma, internamente, de natureza processual, consistente em defender o ato impugnado pela impetração; trata-se de hipótese excepcional de legitimidade ad processum, em que o órgão da pessoa jurídica, não o representante judicial desta, responde ao pedido inicial; b) outra, externamente, de natureza executiva, vinculada à sua competência administrativa; ela é quem cumpre a ordem judicial.

A legitimação da autoridade coatora deve ser aferida à base das duas funções acima descritas; só o órgão capaz de cumpri-las pode ser a autoridade coatora.

A pessoa jurídica sujeita aos efeitos da sentença no mandado de segurança só estará bem representada no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depende de saber, à luz do direito administrativo, qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração."

E, sob o ângulo prático, com aguda e sintética fórmula, esclareceu o Des. Samuel Júnior: a "*autoridade coatora contra a qual deve ser impetrado o mandado de segurança é aquela que, direta e imediatamente, pratica o ato violador do direito do impetrante, e que, em virtude de sua competência funcional, está em condições de corrigir a ilegalidade impugnada*" (TJSP, Ap. nº 0019878-28.2011.8.26.0000).

Entretanto, ainda que se admita erro na indicação da autoridade coatora, caso isso não tenha gerado prejuízo, não se justifica a extinção do processo. Assim, por exemplo, na medida em que a própria Fazenda Pública ingressa no feito, como assistente litisconsorcial, por exemplo, e defende o ato impugnado, de modo amplo e exaustivo, fazendo incidir a teoria da encampação, não há razão jurídica para a extinção do processo por ilegitimidade passiva.

23 STJ: AgRg no REsp 1314949/AM, rel. Min. Herman Benjamin.

A teoria encampação, enfim, salva a eventual ilegitimidade passiva[24]. O que se tem admitido é a ampliação (não a restrição) do campo de legitimados passivos para o *writ*, facilitando a admissibilidade do remédio constitucional, em face de erro na indicação da autoridade coatora, reconhecendo, então, pela referida teoria, a legitimidade da autoridade hierárquica superior e até do ente público ao qual a autoridade administrativa responsável pelo ato questionado pertence.[25]

3. **Intervenção de terceiros**

Em mandado de segurança, não cabe oposição, denunciação da lide e chamamento ao processo, pois incompatíveis com o seu procedimento célere e limitado.

Nomeação à autoria, embora nem sempre ocorra no processo sob esta forma, é viável, ante a possível correção da autoridade coatora indicada erroneamente, que considero viável, respeitado o entendimento diverso.

Assistência simples é questão discutível, mas, a rigor, também é incompatível com o rito célere do *writ*.

Todavia, a assistência litisconsorcial tem ampla acolhida[26], tal como se verifica, com frequência, com o ingresso da Fazenda Pública nos autos - na fase recursal, ou até mesmo antes -, observando, ainda, que, para muitos, aí nem sequer haveria assistência litisconsorcial propriamente dita, na medida em que a pessoa jurídica de direito público qualifica-se como o ente legitimado passivo, que a autoridade coatora apenas o tornou presente no processo.

---

24 STJ, RMS 24.112/SP, rel. Min. José Delgado.

25 Daí, a "*autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é não só a autoridade que pratica diretamente o ato impugnado, como também o superior hierárquico com poderes para revogá-lo*" (Ap. nº 990.10.073833-0, rel. Des. Franklin Nogueira). Ou, ainda, "*A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.(...) Consectariamente, a análise de questões formais, notadamente a vexata quaestio referente à pertinência subjetiva passiva da ação, com a descoberta da autoridade coatora no complexo administrativo, não deve obstar a perquirição do abuso da autoridade que caracteriza esse remédio extremo. Deveras, a teoria da encampação e a condescendência com a aparência de correta propositura (error comunis facit ius) adotadas pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça denotam a necessária flexibilização da aferição dessa condição da ação, no afã de enfrentar e conjurar o ato abusivo da autoridade.*" (STJ, AgRg no Ag 1076626/MA, rel. Min. Luiz Fux).

26 O STJ admite a intervenção de terceiros no *mandamus* "àquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida" (REsp 616.485/DF, rel. Min. Eliana Calmon). Confira, ainda: RMS 30.982/PR, rel. Min. Humberto Martins.

4. Prazo e decadência

A Lei nº 12.016/2009, em seu art. 23, prevê que "*o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado*". Cuida-se, segundo entendimento majoritário, de prazo decadencial fixado em lei, cuja constitucionalidade já foi declarada pelo STF (Súmula n° 632).

O seu termo inicial não é a data do ato de autoridade, mas, sim, o de sua ciência pelo interessado. E este ato deve ser exequível, estar apto a gerar seus efeitos concretos, de lesão ou ameaça, na esfera jurídica do interessado.

Em resumo, a comunicação do ato exequível de autoridade, segundo o meio adequado e a forma legal de cientificação – entenda-se: de acordo com as normas específicas para o tipo e a natureza do ato impugnado (administrativo, legislativo ou judicial) – é que dispara o gatilho do prazo decadencial para a impetração da ordem.

Inúmeras, daí em diante, são as questões que envolvem este prazo, e, dentre elas, algumas estão selecionadas.

A primeira, referente às reiterações dos pedidos administrativos. Ora, o ato concreto de negativa do pedido administrativo qualifica-se como ato único, sem equiparação alguma com atos sucessivos e autônomos, suscetíveis de revigorar o prazo decadencial, e, portanto, não se pode considerar a data da última reiteração do pedido administrativo para o cômputo inicial do prazo, mas, sim, a da ciência do indeferimento do primeiro pedido.

Assim, afirma-se que o prazo iniciado para impetrar o *writ* "*não se suspende, não se interrompe e não se prorroga*"[27], inclusive ante a possível revisão ou *"pedido de reconsideração na esfera administrativa"*[28].

A segunda, em sede de prestações periódicas (atos de trato sucessivo): nestes casos, não há que se falar em decadência da impetração, pois, no vencimento de cada prestação paga, renova-se o ato coator (a lesão, em tese considerada) e, daí, o prazo de impetração do *writ.*[29]

Acesso ao Sumário

---

27 MS 0011815-19.2008.8.26.000 [994.08.011815-0], Órgão Especial do TJSP, rel. Des. Sousa Lima, com destaque a doutrina de Hely Lopes Meirelles.

28 Súmula 430 do E. STF; TJSP, Ap. nº 822.179-5/8, rel. Des. Castilho Barbosa.

29 STJ: REsp 1273946/AM, rel. Min. Castro Meira; MS 3.647/DF, rel. Min. Edson Vidigal. "O mandado de segurança impetrado contra ato omissivo (no caso, pagamento a menor de pensão por morte) caracteriza relação de trato sucessivo, devendo ser afastada a decadência"

É preciso, em outro ângulo, sublinhar que a decadência é do "*direito de requerer mandado de segurança*" (art. 23 da Lei 12.016/09) e, por isso, seu termo final é a data em que o *mandamus* foi distribuído, e não aquela em que a autoridade coatora foi notificada ou prestou suas informações. Logo, vale a data da protocolização da petição inicial, e, daí, está cumprido o preceito legal quando ajuizado o mandado de segurança nos tais 120 dias, até aquele protocolo, ainda que este ajuizamento "*tenha ocorrido perante juízo absolutamente incompetente*".[30]

O prazo decadencial em pauta, ademais, é para os atos exequíveis comissivos, pois, para os omissivos, a princípio, não há prazo para impetração do *writ*. No entanto, esta conclusão deve ser tomada com cuidado, pois há situações administrativas que embora tenham fim direto voltado a marcar alguma nova e afirmativa posição jurídica (v.g. aposentadoria, término de validade de prazo de concurso público etc.), terminam, indiretamente, configurando negação ao direito do interessado:

- a data em que o policial militar ingressa na inatividade é o termo inicial para o ajuizamento do *writ* com pretensão de promoção ao posto imediatamente superior[31];

- a data de expiração da validade do certame é o termo inicial do prazo decadencial para se impetrar mandado de segurança contra ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público.[32]

5. **Procedimento e questões intercorrentes.**

O rito do mandado de segurança, da petição inicial à sentença, está previsto na Lei 12.016/09 (do art. 6º ao art. 14), valendo a pena, aqui, destacar as diferenças específicas deste procedimento abreviado e peculiar:

- na petição inicial, não há réu, mas indicação da autoridade coatora e da pessoa jurídica à qual está funcionalmente vinculada (art. 6º, *caput*), que não é citada, mas notificada para prestar informações em 10 dias (art. 7º, I), observando que esta indicação da autoridade coatora também aponta para a competência do Juízo[33];

Acesso ao Sumário

(STJ, AgRg no REsp 1.326.043/CE, rel. Min. Sérgio Kukina).

30 MS 26.792-AgR, rel. min. Dias Toffoli.

31 Ap. nº 0227984-29.2010.8.26.0000, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu; Ap. nº 29008-48.2009.8.26.0053, rel. Des. Sérgio Gomes; Apelação n° 817.766-5/5-00, rel. Des. Luís Cortez.

32 STJ, AgRg no AREsp 345.267/PI, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

33 STJ: "é em razão da autoridade da qual emanou o ato, dito lesivo, que se determina qual o Juízo a que deve ser submetida *a causa*" - AgRg no CC 27.105/RJ, rel. Min. Felix Fischer.

- acompanha a petição inicial toda prova documental necessária à demonstração dos fatos que dão suporte ao direito invocado, mas é possível determinação judicial para exibição de documento que o ente público ou terceiro, estando em seu poder, recuse fornecer voluntariamente ao impetrante (art. 6º, §1º);

- ao despachar a petição inicial, o juiz deve: a) examinar sua competência e dela declinar, se o caso, encaminhando o feito ao Juízo competente; b) indeferi-la, de plano, por sentença (motivadamente), em caso de mandado de segurança incabível, sem os seus requisitos legais ou impetrado após o prazo decadencial de impetração (art. 10); c) determinar a emenda da petição inicial, se o caso; d) examinar o pedido liminar, quando requerido, ordenando seu cumprimento, quando deferido (art. 7º, III e § 2º); e) determinar a notificação da autoridade coatora para prestar as informações e a ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (art. 7º, I e II);

- caso o impetrante crie obstáculo ao normal andamento do processo ou deixe de promover, por mais de 3 dias úteis, os atos e as diligências que lhe cabem, a medida liminar deferida será declarada pelo juiz, de ofício, perempta ou caduca (art. 8º);

- com as informações, ou certificado o decurso do prazo para tanto, ouvido o representante do Ministério Público, com prazo improrrogável de 10 dias, com ou sem o seu parecer, sem dilação probatória (perícia, audiência de instrução, etc.) o juiz proferirá a sentença em até 30 dias (art. 12).

Dadas as linhas gerais do rito próprio do *writ*, destaquem-se, com a jurisprudência, alguns pontos relevantes ao procedimento.

6.1. Valor da causa.

É certo que a toda causa deve ser atribuído valor certo, ainda que ela não envolva conteúdo econômico imediato, nos termos do art. 258 do CPC. É sabido, também, que o próprio Código de Processo Civil apresenta um procedimento específico, iniciado pela parte contrária, para impugnação ao valor inicialmente atribuído pelo autor (art. 261 do CPC). Nestes termos, a retificação *ex officio* do valor da causa só se admite para prevalência de critério de fixação contemplado em lei (artigos 259 e 260 do CPC), ou se a atribuição da inicial "*constituir expediente do autor para desviar a competência, o rito procedimental adequado, ou alterar a regra recursal*"[34].

Outrossim, é possível que pretensão patrimonial discutida não aponte para um valor líquido e certo, desde logo, por falta de "*elementos*

34 STJ, 4ª Turma, REsp 120.363/GO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

Doutrina

Acesso ao Sumário

suficientes à determinação precisa do proveito econômico buscado”[35], ou, ainda, por se cuidar de impetração direcionada “à declaração de nulidade do ato administrativo” em que pode não haver um *“conteúdo econômico imediato”*[36], tal como na discussão sobre a “*validade ou invalidade do ato de inabilitação da impetrante, buscando tão somente nulidade da licitação ocorrida e a nova realização de procedimento licitatório”*[37]*.* Nestes casos, a alteração de ofício do valor da causa, *prima facie*, pode ser precipitada.

6.2. Desistência da ação e perda de objeto por fato superveniente.

Quanto à desistência do autor, é possível, a qualquer tempo, e, porque no feito não há réu em sentido próprio, sua homologação não depende de anuência da autoridade impetrada[38].

Quanto à perda de objeto, não raramente, ela se verifica em mandado de segurança, quer por verificação de que houve satisfação voluntária, na esfera administrativa, da pretensão deduzida em Juízo, quer por ocorrência superveniente de circunstâncias diversas que resultam na inutilidade da ordem impetrada (v.g. findo o período ou o ano letivo para o qual se discute a atribuição de aulas; desclassificação do imperante em concurso público na fase posterior àquela discutida no *writ*; revogação de norma na qual a autoridade coatora havia fundamentado o ato impugnado etc.). Nestes casos, há carência superveniente da ação, por perda ulterior do interesse de agir, vulgarmente conhecida por “*perda de objeto*”, que também vale para mandado de segurança.

6.3. Medida liminar

Concessão de medida liminar em mandado de segurança é espécie de tutela de urgência, necessária à efetividade do processo, de feição excepcional e natureza satisfativa (não apenas conservativa, como é a cautelar), embora provisória e resultante de sumária cognição, que, na forma do prescrito no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, pressupõe: **(a)** fundamento relevante; **(b)** perigo da ineficácia da medida.

Conforme a jurisprudência, “*supõe, além do risco de ineficácia da futura decisão definitiva da demanda, a elevada probabilidade de êxito*

---

35 TJSP, AI 0575893-91.2010.8.26.0000, rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez.

36 TJSP, AI 0428331-78.2010.8.26.0000, rel. Des. Reinaldo Miluzzi.

37 TJSP, AI 0089538-12.2011.8.26.0000, rel. Des. Danilo Panizza.

38 STF: RE 669.367/RJ, relatora p/ acórdão Min. Rosa Weber, no regime de repercussão geral. STJ: AgRg no REsp 1127391/DF, rel. Min. Assusete Magalhães.

Acesso ao Sumário

da pretensão, tal como nela formulada.”[39]

É preciso, ainda, anotar que é proibida a concessão de liminar em mandado de segurança, nas hipóteses do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09 e do art. 2º-B da Lei nº 9.494/97: **a)** que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º); **b)** que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado (art. 2º-B).

Nestes casos, aliás, não apenas não se permite a liminar, mas, também, qualquer forma de provimento antecipatório ou de execução provisória, ante a necessidade de provimento judicial com trânsito em julgado para a execução.

6.4. Revelia.

Não há os efeitos da revelia em mandado de segurança, observando que “*a intempestividade das informações prestadas pela autoridade apontada coatora no mandado de segurança não induz a revelia, uma vez que ao impetrante cumpre demonstrar, mediante prova pré-constituída dos fatos que embasam a impetração, a ocorrência do direito líquido e certo*”[40].

Aliás, em desfavor da Fazenda Pública, ante a feição indisponível de seus bens e direitos, não se operam os efeitos da revelia ou da insuficiência de impugnação, ao tempo de informações da autoridade coatora ou mesmo de contestação em processo ordinário, para permitir a presunção de verdade de fatos não excepcionados na peça informativa ou de defesa[41].

6. **Sentença**

Sentença, como se sabe, pode ser sem ou com resolução de mérito, mas, em mandado de segurança, o seu dispositivo é sempre para

39 STF: MS 31.816, rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki; MS 28.177-MC-AgR, rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski.

40 STJ: RMS nº 11571/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; RMS 26.170/RO, rel. Min. Francisco Falcão.

41 STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, rel. Min. Castro Meira.

Doutrina

Acesso ao Sumário

denegar ou conceder (integral ou parcialmente) a ordem impetrada, e, por isso, até mesmo nos casos previstos no art. 267 do CPC a lei especial aponta, expressamente, para a solução denegatória da segurança (art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.

Isso, porque o mandado de segurança é ação de feição mandamental, que, quando procedente, resulta em ordem judicial à autoridade ou ao agente público; e, contrariamente, por exclusão, quando não concedido – quer por falta de pressuposto processual, por carência da ação ou por razão de mérito – importa em denegação da ordem impetrada.

Todavia, quando a denegação da segurança for consequência de uma das hipóteses do art. 267 do CPC, sem resolução de mérito, então, é possível renovar a impetração dentro do prazo decadencial (art. 6º, § 6º, do CPC).

Bem sedimentado, na jurisprudência, que "*o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança*" (Súmula 269 do STF), bem como que a "*concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*" (Súmula 271 do STF).

Daí, pois, quando houver valores devidos ao impetrante em decorrência da ordem concedida, a condenação correlata deve limitar-se às parcelas vencidas a partir do ajuizamento do mandado de segurança, sem avanço algum aos "*efeitos patrimoniais pretéritos à impetração do writ, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009*".[42]

Registre-se, ainda, a peculiaridade de que em mandado de segurança não cabe condenação em honorários de advogado (art. 25 da Lei 12.016/09, Súmula 512 do STF e Súmula 105 do STJ), quer se cuide de ordem denegada, quer se cuide de ordem concedida. Despesas processuais, inclusa a taxa judiciária, contudo, devem ser suportadas pelo impetrante, se denegada a ordem[43], ou pelo ente público a que pertencer a autoridade coatora, se concedida a ordem, admitindo-se a sua repartição proporcional (art. 21 do CPC), em caso de concessão parcial da ordem impetrada.

Por fim, se o caso, é possível aplicar as sanções de litigância de má-fé (art. 25 da Lei 12.016/09).

Acesso ao Sumário

42 STJ: RMS 45.190/RS, rel. Min. Assusete Magalhães.

43 Ou, ainda, se dela desistiu ou se renunciou ao direito sobre o qual se funda a demanda (STJ: AgRg no REsp 910.133/SP, rel. Min. Luiz Fux).

7. Recursos e reexame necessário

Em sede de recursos voluntários, não se foge muito do sistema processual civil geral: para as decisões interlocutórias (v.g. a que defere ou indefere liminar) cabe agravo de instrumento (v.g. art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/09); para as sentenças, apelação (art. 14 da Lei 12.016/09).

Toda segurança concedida, entretanto, está sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 14 da Lei 12.016/09), a impor ao juiz a remessa, de ofício, dos autos ao segundo grau de jurisdição, para o reexame necessário, o que convém anotar na própria sentença proferida, ao final de seu dispositivo.

Os recursos voluntários e o reexame necessário, em caso de sentença que conceder a segurança impetrada não obstam, em regra, a execução provisória da ordem (art. 14, § 3º, da Lei 12.016/09), e, assim, tais apelações devem ser recebidas apenas no efeito devolutivo. Exceção, a justificar, em tais apelos, o duplo efeito (devolutivo e suspensivo) são as hipóteses, já referidas, em que não se admite a execução da ordem antes do trânsito em julgado (art. 14, § 3º, *in fine*, c.c. o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09 e c. o art. 2º-B da Lei nº 9.494/97).

Destaque-se, ainda, em matéria recursal, o não cabimento de embargos infringentes (art. 25 da Lei 12.016/09 e Súmula 169 do STJ).

8. Pedido de suspensão de segurança

Suspensão de segurança é medida excepcional, que tem amparo na Lei 12.016/09 (art. 15) e na Lei 8.437/92 (art. 4º), de competência do presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso, cabível apenas "*quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*"[44] e, por isso, incompatíveis com a mera irresignação recursal.

Quando deferida, vigora, em princípio, até o trânsito em julgado "*na instância de origem, ou, havendo recurso, até o seu julgamento pelo Supremo Tribunal*".[45]

Portanto, recebendo o julgador, a notícia de deferimento de alguma suspensão de segurança, deve, imediatamente, comunicar à autoridade coatora e ao impetrante, aguardando a solução final do feito, com seu trânsito em julgado, ou eventual notícia da revogação da suspensão deferida.

44 STJ- Corte Especial, AgRg na SLS 1.787/PB, rel. Min. Felix Fischer.
45 STF-Pleno, SS 761, AgR/PE, re. Min. Sepúlveda Pertence. Súmula 626 do STF.

Doutrina
Acesso ao Sumário

9. Conclusão

Essas, enfim, são algumas considerações de feição prático-jurisprudenciais em sede de mandado de segurança, selecionadas dentre inúmeras outras existentes na matéria, e que tiveram o único objetivo de servir de alguma utilidade aos juízes que ingressam ou que retornam à sua atividade judicante em Varas da Fazenda Pública, e, assim, para dar maior visibilidade a este esboço de escopo eminentemente utilitário, seguem, em anexo complementar, alguns despachos ou decisões de juízes com experiência na matéria, publicados no DJe do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ANEXO COMPLEMENTAR

(despachos/decisões de juízes)

1. Despachos iniciais e decisões de liminares.

"Defiro os benefícios da justiça gratuita. Anote-se. Trata-se de ação mandamental com pedido de liminar com objetivo de cessar descontos sobre os vencimentos dos impetrantes, Policiais Militares da ativa, a título de contribuição a Cruz Azul de São Paulo, visando o custeio de assistência médico-hospitalar colocada à sua disposição, em face de preceitos legais (art. 30 c.c. o inciso I do art. 32, e incisos I a IV, do art. 6º da Lei estadual nº 452, de 02 de outubro de 1974). Presentes, à luz de orientação segura da jurisprudência quanto ao ponto, os pressupostos do fumus boni juris e do periculum in mora. Aliás, já se decidiu em demandas semelhantes, envolvendo associados da Cruz Azul de São Paulo: "(...)". Finalmente, não se trata de concessão de aumento ou extensão de vantagem ou pagamento de qualquer natureza, quando incide vedação legal. Posto isso, salvo quanto aos que (a) tenham manifestado expressamente interesse em mantê-los ou (b) estejam usufruindo das vantagens deles decorrentes, concedo a medida liminar para determinar a cessação dos referidos descontos (contribuição assistencial médica, hospitalar ou odontológica) em face de sua questionável natureza compulsória, até ulterior deliberação judicial. Notifique(m)-se o(s) coator(es), supracitado(s) e no(s) endereço(s) indicado(s), do conteúdo da petição inicial, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste informações (art. 7º, inciso I da Lei nº 12.016/09). Após, cumpra-se o art. 7º, inciso II de Lei 12.016/09, intimando-se a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, por ofício. Findo o prazo, ouça-se o representante do Ministério Público, em dez dias. Oportunamente, tornem conclusos para decisão. Cumpra-se, na

Acesso ao Sumário

forma e sob as penas da Lei, servindo esta decisão como mandado. Int.” (MM. **Juiz Emiliano Migliano Neto** - 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital);

“Vistos. Defiro à impetrante os benefícios da prioridade de tramitação. Anote-se. No prazo de dez dias, recolha a impetrante a taxa judiciária e taxa referente à CPA. Presentes a fumaça do bom direito, consubstanciada na comprovação da enfermidade e na evidente necessidade da impetrante de ser submetida à cirurgia necessária para o tratamento da enfermidade de que é portadora, a qual ele não tem condições de custear, o que impõe ao Poder Público o dever de custeá-la, conforme o art. 196 da Constituição da República; e o perigo na demora, evidente no caso, concedo a liminar para determinar que a autoridade apontada como coatora realize a cirurgia de que a impetrante necessita, na data aprazada, sob pena de multa-diária que fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais). Requisitem-se informações. Após, ao Ministério Público. Cientifique-se a Procuradoria do Estado para que, querendo, ingresse no feito. Intime-se.” (MM. **Juiz José Roberto Leme Alves de Oliveira** - 1ª Vara de Fazenda Pública de Guarulhos);

“Vistos. 1. Trata-se de pedido liminar em mandado de segurança objetivando o desembargo da obra da impetrante. Alega, em resumo, que apresentou todos os documentos necessários no processo administrativo que pende de análise pela Administração, de modo que o ato administrativo de embargo carece de fundamento válido. 2. Em cognição sumária, estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida. A urgência na demora está demonstrada pelos danos advindos da paralisação da obra. A plausibilidade do direito alegado está demonstrada pela demora na análise do processo administrativo, que, ainda após a lavratura do auto de intimação em 12.09.08 (f...), estava a ser apreciado até ontem, 22.09.08 (f....), a despeito de os documentos exigidos terem sido apresentados pela impetrante em 11.08.08 (f...). A própria Lei Municipal n. 11.228, de 1992, estaria a contemplar a hipótese de continuidade da obra, ainda a reforçar a tese da impetrante. De outro lado, não há, nesta quadra, risco de dano inverso, visto que o caso trata de permissão para ampliação de obra. Assim, por tais motivos, DEFIRO a liminar para o desembargo da obra, de forma a se permitir sua respectiva continuidade. 3. Notifique-se a d. Autoridade coatora para cumprimento da liminar e para que preste informações no prazo de 10 dias. 4. Após, ao d. Ministério Público. Int.” (MM. **Juiz Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera** - 2ª Vara de Fazenda Pública da Capital);

“Vistos. 1) Trata-se de saber se há verossimilhança na pretensão da impetrante de obter o medicamento C... (M...) 30mg, 1 comprimido ao dia, uso contínuo, por meio da unidade de dispensação mais próxima à residência da Impetrante, de acordo com a prescrição médica. A

Doutrina

Acesso ao Sumário

colisão de direitos fundamentais guarda uma relação de precedência condicionada (Robert Alexy). Isto é, sempre que presentes as situações concretas em relação às quais o mínimo vital do direito fundamental à dignidade da pessoa humana faça-se presente é necessário reconhecer a prevalência desta norma. O medicamento, diante dos documentos apresentados e da narrativa da inicial, mostra-se indispensável à preservação da vida da impetrante, isto é o mínimo à realização de sua condição humana. De tal sorte, defiro a liminar para determinar à autoridade impetrada que no prazo de 05 dias forneça a impetrante o medicamento acima descrito de acordo com a prescrição médica. 2) Notifique-se a autoridade impetrada, dê-se ciência à pessoa jurídica responsável, a Fazenda do Estado na Rua Pamplona, 227. 3) Servindo esta decisão como ofício, notifique-se a autoridade impetrada para prestar informações em 10 dias, dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da respectiva pessoa jurídica interessada, e depois, com as respostas, ao Ministério Público. Defiro a gratuidade processual. Int.” (MMª **Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi** - 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital).

2. **Despachos/decisões interlocutórias diversas.**

“Vistos. Afasto as alegações de preliminares. A autoridade também tem competência para desfazer o ato e defendeu o seu respectivo mérito; aplicável, pois, a Teoria da encampação, adotada em larga escala pelo Colendo STJ. De outro lado, os atos combatidos estão bem descritos, a afastar a alegação de inépcia. Nas informações (f...), não houve apreciação da decisão exarada pela Administração, datada de 08.11.08 (f....). Assim, intime-se a d. Autoridade para que se manifeste quanto ao alegado pela impetrante (f....), inclusive quanto à demora na apreciação do processo relativo à segunda ampliação. Prazo: 10 dias. Após, nova vista ao d. Ministério Público. Int.” (MM. **Juiz Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera** - 2ª Vara de Fazenda Pública da Capital);

“Vistos. Cumpra a serventia a decisão inicial, com a comunicação do efeito ativo concedido pelo E. Tribunal, no sentido de sustar a decisão recorrida e conceder a liminar a fim de autorizar o desbloqueio do prontuário do agravante e consequente renovação de sua carteira de habilitação, até o julgamento do presente recurso. Int.” (MMª **Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi** - 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital).

Acesso ao Sumário

3. **Dispositivos de sentenças.**

“POSTO ISSO, com fundamento no artigo 269, I, do Código de

Processo Civil, julgo a presente ação procedente para conceder a segurança, para reconhecer o direito da ora impetrante ao creditamento realizado e, consequentemente, declarar anulados os autos de infração e imposição de multa mencionados na inicial. O vencido arcará com o pagamento das custas e despesas processuais. Indevida condenação em honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº 12.016 de 2009). Expeça-se ofício para a autoridade impetrada com cópia desta sentença. A despeito das alterações introduzidas pela Lei n.º 10.352/01, após interposições e processamento de eventuais recursos voluntários, subam os presentes autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, com as nossas homenagens aos eminentes Desembargadores integrantes da Colenda Câmara de Direito Público, para o reexame necessário. P.R.I.C." (MM. **Juiz Emiliano Migliano Neto** - 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital);

"Diante do exposto, Julgo improcedente o pedido formulado na inicial e o faço para denegar a segurança pleiteada na inicial. Custas na forma da lei, observado o benefício instituído pela Lei Federal nº 1.060/50, que fica deferido. Sem condenação em honorários (art. 25 da Lei 12.016/09). P.R.I.C." (MM. **Juiz Emiliano Migliano Neto** - 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital);

"Posto isso, reconhecida a carência por ilegitimidade passiva, denego a segurança (cf. Lei 12.016/09, art. 6°, par. 5º). Notifique-se a autoridade. Oficie-se ao eg. Tribunal de Justiça de São Paulo para ciência dos termos da presente sentença, à guisa de informações. Custas pelo impetrante. Sem honorários advocatícios, à força legal (Lei nº 12.016/09 art. 25). P.R.I." (MM. **Juiz Márcio Kammer de Lima** - 2ª Vara de Fazenda Pública de Santos);

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido e EXTINGO o processo, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil, e, por conseguinte, CONCEDO A SEGURANÇA para o fim de declarar a nulidade do ato administrativo, produzindo seus efeitos jurídicos em favor do impetrante, para determinar que ele seja nomeado e venha a tomar posse, condicionada esta ao cumprimento dos demais requisitos previstos no edital, independentemente de ter ultrapassado a idade de trinta anos na data da posse, bastando que, na data da inscrição no concurso, tivesse idade inferior a essa. Confirmo a liminar anteriormente concedida. Custas pela impetrada. Sem honorários advocatícios, com fundamento nas Súmulas 512/STF e 105/STJ. Ao reexame necessário. Oficie-se, se for o caso. Publique-se. Registre-se. Intime-se." (MMª **Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi** -13ª Vara de Fazenda Pública da Capital);

"Diante do exposto, CONCEDO A ORDEM para o fim de: (i) declarar que o fato gerador do imposto em comento ocorre com o registro do título de transmissão da propriedade, o que por si só, afasta a incidência da

Acesso ao Sumário

multa e dos juros aplicados pela Impetrada e; (ii) determinar que o valor da arrematação deverá ser utilizado como base de cálculo do imposto em discussão, na forma da jurisprudência do C. STJ. Sem incidência de honorários sucumbenciais, a teor da Súmula n. 512 do STF. Custas na forma da lei. Ao reexame necessário. Oficie-se, se for o caso. Publique-se. Registre-se. Intime-se." (MMª **Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi** - 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital).

4. **Despacho de recebimento de apelação apenas no efeito devolutivo**

"Processo sentenciado. Apelada a sentença pela impetrante. Denegada a segurança, recebo o recurso de apelação exclusivamente no efeito DEVOLUTIVO, a teor do artigo 14, § 3º, da Lei Federal 12.016/2009. Vista para contra-razões ao apelado. Decorrido o prazo, vista ao Promotor de Justiça, na hipótese de haver se manifestado no feito. Após, subam os autos ao E. Tribunal de Justiça, Seção de Direito Público, observadas as formalidades legais. Int." (MM. **Juiz Kenichi Koyama** - *11ª Vara de Fazenda Pública da Capital).*

5. **Despacho de recebimento de apelação no duplo efeito**

"Vistos. Nos termos da Lei n. 12.016/2009, a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar (art. 14, §3º). A vedação à concessão de medida liminar ocorre nas hipóteses de compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (§2º do art. 7º). Nesse contexto, presente a hipótese legal de vedação, recebo o recurso interposto pela SPPREV nos efeitos devolutivo e suspensivo. Às contrarrazões. Ao MP. Após, remetam-se os autos ao E. Tribunal de Justiça - Seção de Direito Público. Intimem-se." (MMª **Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi** - 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital).

6. **Despachos ou decisões para cumprimento de ordem ou execução**

"Fls...: a concessão da ordem não implica efeitos materiais pretéritos à impetração. Desse modo, eventuais diferenças relativas aos meses de fevereiro e março/11 deverão ser objeto de outra ordem de cogitação. Com relação ao mês de abril/11, se há diferenças não

Acesso ao Sumário

adimplidas administrativamente, então caberá à impetrante requerer a deflagração de execução contra a Fazenda Pública, observado o ritual do art. 730 do CPC, apresentando memória de cálculo relativamente ao valor que pretende executar. Int.” (MM. **Juiz Márcio Kammer de Lima** - 2ª Vara de Fazenda Pública de Santos);

“VISTOS. A impetrante notícia descumprimento à decisão judicial por parte do polo passivo que, por razões diversas, não concretiza o depósito da parte cabente à M... A... em conta corrente própria. Destarte, intime-se a autoridade impetrada ou quem suas vezes fizer para que, no prazo de cinco dias, comprove nos autos ter adotado todas as providências para implantação do benefício, com o acerto no número da conta declinada pelo polo ativo, para o pagamento da parte da pensão que lhe cabe. Servirá a presente decisão como mandado. Quando de seu cumprimento, caberá ao Sr. Oficial declinar nomes das pessoas a quem der cumprimento à intimação. Na hipótese de descumprimento, retornem para deliberação das providências a serem adotadas para aferição de responsabilidade criminal e administrativa. Int.” (MMª **Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi** - 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital).

Doutrina

CONSTITUCIONALISMO *CIARLARE*: AFINAL, QUAL A NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 242, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

RICARDO SANCHEZ BARONOVSKY

Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça de São Paulo

Um dos debates mais cativantes que cercam os constitucionalistas é a taxinomia das normas constitucionais, ou simplesmente, o estudo de sua natureza jurídica. É sabido, mesmo consabido entre os hermeneutas constitucionais, que o conceito de “Constituição” pode assumir um viés material ou formal, de acordo com seu conteúdo.

Em epítome, as *normas materialmente constitucionais* são indissociáveis da ideia de “Poder”. Na lição de Ferreira Filho, são as que por seu conteúdo referem-se diretamente à forma de Estado, forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, estruturação dos órgãos de poder e aos limites de sua ação.[1]

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Curso de Direito Constitucional. 38ª ed. Saraiva: São

Acesso ao Sumário

Doutro lado, as *normas formalmente constitucionais*, malgrado estejam “fisicamente” dispostas no texto constitucional, carecem dos atributos alhures, revelando-se exclusivamente pelo seu processo de elaboração. Possuem, pois, a forma de constitucionais, mas são vazias da semântica constitucional. Digo: são constitucionais, mas não tipicamente constitucionais.

Nessa taxinomia é possível, portanto, vislumbrar três combinações quanto ao conteúdo da Constituição: a. *normas materialmente e formalmente constitucionais*, pois estão de acordo com a “substância da Constituição”[2] e se encontram fisicamente no texto do Código político de 1988; b. *normas apenas materialmente constitucionais,* pois embora se relacionem com o poder não estão no texto da Constituição; e c. *normas apenas formalmente constitucionais*, que simplesmente apresentam a forma constitucional (são encontradas no texto).[3]

De proêmio, quais conclusões podemos extrair? I) As normas apenas formalmente constitucionais gozam da *mesma estabilidade* e *hierarquia* das normas materialmente constitucionais[4]; II) As normas apenas materialmente constitucionais possuem *hierarquia inferior* às normas apenas formalmente constitucionais; e III) O texto constitucional de 1988 é *misto*, pois abrange normas materialmente e formalmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais.

Surge, então, a reflexão ora proposta: qual seria a natureza jurídica da norma inserta no artigo 242, § 2º, da Constituição Federal: *“O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”*?

A resposta não é tão singela e carece reflexão.

Nada obstante o simbolismo trazido pela vigente Lei republicana, é inconteste a presença de *lobbies* políticos e ideológicos em sua gênese. A intenção de alguns parlamentares, narra a história, era cravar suas ideias para conquistar o prestígio de seu grupo de eleitores.

A Constituição de 1988 é mais que analítica, casuística ou prolixa[5]; é minuciosa, pois revela a intenção do constituinte de tudo regular, a ponto de abarcar grande número de normas “não-fundamentais” (apenas formalmente constitucionais). São 250 artigos, 98 artigos do Ato das

Paulo, 2012, p. 37/38.

2 Expressão classicamente cunhada por Joaquim José Gomes Canotilho e articulada por Uadi Lammêgo Bulos.

3 MENDES, Gilmar Ferreira – Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 60/61.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional. 6ª edição revista. Livraria Almedina: Coimbra: 1993, p. 93/94.

5 OLIVEIRA, Erival da Silva – Prática Constitucional. 5ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, p. 40.

Acesso ao Sumário

Disposições Constitucionais Transitórias e 85 (atualmente) emendas constitucionais.

É o que reputo como fenômeno do *“constitucionalismo ciarlare”* (ou *ciarlatano*). Em latim, *“ciarlare”* significa falar muito, parlar, tagarelar. O constituinte originário impiedosamente elaborou um “super código”, bazofiando, muitas vezes, temas pertencentes ao legislador infraconstitucional. Talvez, o maior prejuízo sensível seja a perda do caráter educativo que deveria possuir a Constituição.

O fenômeno à baila percorre todo o texto constitucional, atingindo (isto mesmo) o próprio título de Direitos e Garantias Fundamentais: há normas sobre direito de família, processo civil, execução penal, legislação trabalhista; em suma, normas que juridicamente relegam à substância constitucional e à essência das dimensões dos direitos *fundamentais*.

Uma curiosidade: há, hoje, corpos internacionais (nacionais também) pregando a declaração solene (e expansiva) dos direitos fundamentais, de sorte a abranger, dentre outros, o direito ao sono, direito ao desarmamento, direito de não ser aborrecido, direito à coexistência com a natureza, direitos de livremente experimentar modos de viver alternativamente...[6]

Na lição de Robert Pelloux são os “falsos direitos” que apenas colaborariam para dificultar a distinção entre os direitos e garantias verdadeiramente *fundamentais* (e também desmerecê-los).

Mas e a resposta?

A resposta está na doutrina de Carlos Maximiliano. Pinçando-se isoladamente o referido dispositivo a conclusão seria inequívoca: trata-se de um dispositivo apenas formalmente constitucional, em máxime por tutelar individualmente um grupo. Contudo, penso que sua existência não é episódica (o acerto pode ter sido acidental) e demanda uma interpretação sistêmica e conjunta dos demais dispositivos constitucionais.

Explico: a Constituição de 1988 enunciou as competências de cada ente federativo, imputando aos Municípios e Estados a promoção do ensino fundamental e médio (respectivamente, §1º e § 2º, ambos do art. 211). À União não competiria, em princípio, atuar diretamente nos níveis fundamental e médio. Logo, por estruturar e limitar a atuação de cada ente, tais normas revelam-se – com clareza solar – materialmente constitucionais.

Deixando-se afastada a polêmica política de “por que o Colégio

6 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 299 (citando artigo de Philip Alston).

Doutrina
Acesso ao Sumário

Dom Pedro II deveria permanecer na órbita federal e receber tratamento díspar?", juridicamente o debate é empolgante. Acaso não houvesse essa previsão constitucional (art. 242, § 2º), seria admitido ao legislador *infraconstitucional* a elaboração de norma semelhante? Não. Não, pois padeceria de flagrante inconstitucionalidade material, uma vez que usurparia atribuição pertencente aos Estados e Municípios.

Desta sorte, sendo o artigo 242, § 2º da Constituição uma exceção à regra geral (competência dos Estados e Municípios com a educação fundamental e média) sua existência não poderia se dar noutro lugar senão no próprio texto da Constituição – pese embora a má disposição geográfica do dispositivo.

A despeito da intepretação isolada e gramatical do referido dispositivo sugerir a ausência de conteúdo materialmente constitucional, sua interpretação sistêmica com o artigo 211 e parágrafos conduz a um raciocínio interessante: quis o legislador constituinte (sabe-se lá por quais motivações políticas) criar uma exceção às competências constitucionais dos Estados e Municípios e substantivá-la como constitucional.

Mais. A utilização da interpretação sistêmica revela desvelo ao princípio da unidade da Constituição, que prega a interpretação da Lei fundamental em sua globalidade (e não isoladamente), de sorte a afastar antinomias aparentes e incoerências hermenêuticas.

Em boa verdade, o texto constitucional fomenta uma reflexão além da sua literalidade; é Carta (melhor, Lei) filosófica, histórica e axiológica. A taxinomia das normas jurídicas, nada obstante a decantação de quase três decênios, apõe-se longe de ser unissonante. Simplesmente? Viva a dialética jurídica.

Referências Bibliográficas

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional. 6ª edição revista. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

[2] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Curso de Direito Constitucional. 38ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira – Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

[5] OLIVEIRA, Erival da Silva – Prática Constitucional. 5ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

[6] BULOS, Uadi Lammêgo – Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. rev. e atual. 8ª ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2174541-90.2014.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são agravantes G.J.C.A. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e G.V.C.A. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado A.N.A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20719)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente), NEVES AMORIM e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de alimentos - Designada audiência de conciliação e determinada a citação do executado, nos termos do artigo 733, do CPC, com contagem do prazo a partir da audiência, caso infrutífera – Impossibilidade - Ausência de previsão legal acerca da audiência prévia de conciliação na execução que tramita sob o rito da prisão - Executado que deve ser citado para efetuar o pagamento ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, no prazo de 3 (três) dias contados da juntada do mandado de citação - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 46 que, na execução de alimentos, designou audiência de conciliação para o dia 30 de outubro de 2014 e determinou a citação do executado, nos termos do artigo

733 do CPC, consignando que o prazo começará a fluir a partir da audiência de conciliação, se infrutífera.

2. Inconformados, sustentam os agravantes, em suma, que o rito previsto no artigo 733 do CPC visa a satisfação imediata das prestações alimentícias atuais que não foram adimplidas, razão pela qual totalmente descabida a designação de audiência de conciliação como primeiro ato do juiz na execução de alimentos, até porque, nada indica que o agravado esteja disposto a pagar voluntariamente a dívida.

3. Afirma que a r. decisão impugnada violou expressamente o texto legal, ao estabelecer que o prazo de 3 (três) dias para pagar ou justificar, terá início a partir da audiência e não da citação.

4. Requer, liminarmente, o cancelamento ou a suspensão da audiência de conciliação designada, bem como, nova citação do executado, devendo constar que o prazo de 3 (três) dias para pagamento ou justificativa terá início com o ato citatório, e, ao final, o provimento do recurso.

5. Recebi o agravo na forma de instrumento, mas neguei a liminar pleiteada, conforme decisão de fls. 50/52, diante da proximidade da audiência, observando, no entanto, que caso prejudicada em razão de eventual dificuldade para citação do réu, a execução deve seguir o rito previsto no artigo 733 do CPC.

6. Informações judiciais às fls. 60/61, noticiando que a audiência de conciliação restou prejudicada, ante a ausência do executado que não foi citado.

7. Parecer do d. Procurador de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 62/63).

FUNDAMENTOS.

8. O recurso merece provimento.

9. Respeitado o entendimento manifestado pelo d. magistrado singular, o rito do artigo 733, do Código de Processo Civil, não prevê a designação de audiência prévia de conciliação, razão pela qual o prazo de 3 (três) dias para que o executado efetue o pagamento ou justifique a impossibilidade de fazê-lo, deverá ser contado da juntada do mandado de citação.

Acesso ao Sumário

10. Nesse sentido, recente julgado desta C. 2ª Câmara de Direito Privado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de alimentos - Decisão que condicionou a fluição do prazo legal de três dias à realização da audiência de conciliação - Não cabimento - Prazo peremptório - Possibilidade de evidente prejuízo para o alimentando, que se encontra privado de verbas essenciais à sua subsistência - Decisão reformada - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2137037-50.2014.8.26.0000 - Relator Desembargador Neves Amorim - j. 4/11/2014).

11. Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao agravo,

nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2169462-33.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante A.T., é agravada E.A.S..

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6692)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente), MARY GRÜN e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Alimentos pagos em favor da ex-cônjuge varoa - Alimentos fixados no ano de 2007 - Concessão da antecipação de tutela para determinar a suspensão dos pagamentos - Adequação. Não há nos autos indicação de que a ré não possa exercer atividade remunerada. Eventuais dificuldades para sua recolocação atual no mercado de trabalho não são suficientes para impedir a exoneração, tendo em vista que a agravada, ao longo dos anos, teve a oportunidade para procurar uma fonte de renda. Ademais, ainda que a autora não tenha rendimentos frutos de seu trabalho, ou que estes sejam diminutos, deve lutar pelo próprio sustento, não se afigura razoável que dependa indefinidamente do ex-marido, sobretudo considerada sua idade atual. Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que não concedeu antecipação de tutela em ação de exoneração de alimentos.

Alega o agravante: a) a alteração do binômio necessidade/possibilidade é irrelevante para o julgamento do feito; b) o transcurso do período de oito anos desde a instituição da obrigação alimentar permitiu que a agravada voltasse ao mercado de trabalho; c) na contestação não houve impugnação ao fundamento

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

exposto na inicial; d) paga a totalidade das despesas dos filhos do casal, inclusive mantendo a moradia da família, o que, reflexamente, beneficia a agravada; e) a agravada, ao tempo da separação, no ano de 2007, tinha quarenta e três anos de idade e formação superior.

2. Por acordo, no ano de 2007, o autor, além de obrigar-se ao pagamento de alimentos aos seus filhos menores, também se obrigou ao pagamento de alimentos para a ré, à época, de R$ 4.000,00.

Na contestação, diz a agravada que no acordo não há termo final para o pagamento dos alimentos e que não houve alteração da capacidade financeira do alimentante. Não possui atividade remunerada que lhe garanta sua subsistência.

Diz, ainda, que em razão de decisão do casal, afastou-se das atividades laborativas para dedicar-se ao lar. A prestação de alimentos não tinha caráter temporário ou a finalidade de sua recolocação no mercado de trabalho.

De acordo com o inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, a requerimento da parte, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Ensina Milton Paulo de Carvalho Filho que “o interessado está autorizado a reclamar judicialmente a revisão (para majorar ou reduzir) ou a exoneração da pensão definida na sentença quando ocorrer alteração na situação financeira de quem paga ou de quem recebe a prestação alimentícia. Quer dizer, havendo modificação superveniente das circunstâncias relativas às necessidades do alimentando e aos recursos do alimentante, poderá o interessado solicitar a intervenção judicial visando à alteração da sentença que fixou a prestação alimentar. Trata-se da característica da mutabilidade da obrigação alimentar”[1].

Vislumbro estarem presentes os requisitos para a concessão da antecipação de tutela.

Não há nos autos indicação de que a ré não possa exercer atividade remunerada. Eventuais dificuldades para sua recolocação atual no mercado de trabalho não são suficientes para impedir a exoneração, tendo em vista que a agravada, ao longo dos anos, teve a oportunidade para procurar uma fonte de renda.

Ademais, ainda que a autora não tenha rendimentos frutos de seu trabalho, ou que estes sejam diminutos, deve lutar pelo próprio sustento, não se afigura razoável que dependa indefinidamente do ex-marido, sobretudo considerado sua idade atual.

Por fim, o perigo da demora decorre da irrepetibilidade dos alimentos.

3. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para determinar

1 *Código Civil Comentado*, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, Manole, p. 1.982.

Acesso ao Sumário

a suspensão do pagamento dos alimentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2092092-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UBIRAJARA DE OLIVEIRA, é agravado CIA. METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO COHAB-SP.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso. O relator sorteado e o 2º Juiz, vencidos, declararão votos. O 3º Juiz ficou designado como relator do acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12169)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS, vencedor, J.L. MÔNACO DA SILVA, vencido e JAMES SIANO.

São Paulo, 19 de novembro de 2014.

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS, Relator Designado

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - Indeferimento da tutela antecipada - Inconformismo - Acolhimento - Agravante que é portador de necessidades especiais, utiliza cadeira de rodas e reside no quinto andar de apartamento localizado em conjunto habitacional - Inexistência de elevador - Locomoção que está prejudicada - Preenchimento dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil - Necessidade de garantir acessibilidade ao autor - Inteligência do art. 2º e parágrafo único, inc. V, letra "a", da Lei nº 7.853/89 - Decisão reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto por Ubirajara de Oliveira contra a r. decisão copiada a fls. 69, que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada pelo agravante em face da agravada, indeferiu a antecipação da tutela pleiteada.

Sustenta o agravante, em síntese, que a r. decisão agravada deve ser reformada, porque mencionou de forma genérica os motivos para indeferir o

pedido de antecipação da tutela. Alega que se acham presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, pois sofre de graves enfermidades e a imediata disponibilização de imóvel acessível é medida que se impõe, a fim evitar mais transtornos em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Salienta que os problemas de saúde que o acometeram dificultam o acesso à própria residência, pois o prédio não possui elevador e seu apartamento está localizado no quinto andar. Esclarece que a agravada ofereceu outros imóveis, mas tais bens também não dispunham da acessibilidade necessária. Pede a concessão da antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso.

A antecipação da tutela recursal pleiteada pelo agravante foi deferida pela decisão de fls. 97/99.

A agravada apresentou contraminuta e requereu o desprovimento do recurso (v. fls. 107/139).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre observar que a questão deve ser analisada sob a ótica estritamente processual: presença ou ausência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada.

Com efeito, a ação objetiva compelir a agravada a disponibilizar imóvel acessível ao agravante, portador de necessidades especiais. O recorrente alega que o imóvel em que reside e os outros dois bens que foram oferecidos pela recorrida são repletos de barreiras que o impedem de ter acesso livre, com cadeira de rodas, às dependências da própria residência, à área comum do prédio e ao transporte público (v. fls. 14/24).

Ao apreciar o pedido de tutela antecipada, a MM. Juíza de 1º grau proferiu a seguinte decisão:

> "*Indefiro o pedido de antecipação de tutela, porque os requisitos legais necessários não se encontram presentes. Não há prova inequívoca do alegado, verossimilhança das alegações ou mesmo prova de dano irreparável*" (v. fls. 69).

O art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil apresenta a seguinte redação:

> "*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*
>
> *I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
>
> *II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*".

Acesso ao Sumário

Vê-se, portanto, que a lei processual exige verossimilhança da alegação, prova inequívoca do direito invocado e fundado receio de dano irreparável ou de

difícil reparação. Tais requisitos encontram-se presentes na situação abordada nos autos, sendo caso de concessão da tutela antecipada.

O agravante comprovou que reside em apartamento localizado no quinto andar de edifício da Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo - COHAB (v. fls. 29 e 31). Ademais, os documentos carreados a fls. 34/38 dão conta de que o recorrente apresenta "*comprometimento motor permanente devido a amputação transtibial D*", além de diabetes mellitus, hipertensão arterial sistêmica e moléstia vascular periférica que progrediu para úlcera gigante circundante em MIE. E a correspondência de fls. 30 demonstra que há mais de dois anos o autor solicita troca de unidade, em razão da dificuldade de acessibilidade, mas não obteve o retorno adequado.

Pois bem. O art. 1º da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: I) a soberania; II) a cidadania; III) a dignidade da pessoa humana; IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V) o pluralismo político. A Constituição Federal, outorgada em outubro de 1988, foi feita pelo povo e para o povo, com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ora, a postura da agravada desconsidera não só o art. 1º da Carga Magna que trata da dignidade da pessoa humana como também outros dispositivos constitucionais que garantem a proteção e o atendimento especializado a pessoas portadoras de deficiência física (v. art. 23, inc. II; art. 24, inc. XIV; art. 227, § 1º, inc. II).

E a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, estabelece no art. 2º:

> "*Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.*
>
> *Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:*
>
> *(...)*
>
> *V - na área das edificações:*
>
> *a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios,*

a logradouros e a meios de transporte".

Ora, a agravada é sociedade de economia mista, criada para "*favorecer o acesso a moradia digna a população de menor renda, obedecendo normas e critérios estabelecidos pelo Governo Municipal e pela legislação federal*", conforme informação retirada do *site* da Prefeitura de São Paulo (endereço eletrônico constante no texto original).

Ou seja, sendo a agravada entidade da administração pública indireta, deve dispensar tratamento prioritário e adequado para viabilizar medidas que garantam o acesso de pessoas portadoras de deficiência a edifícios. Trata-se de um dever previsto não só na Constituição Federal como também na Lei nº 7.853/1989.

Por conseguinte, respeitado o entendimento da MM. Juíza *a quo*, a r. decisão agravada deve ser reformada para o fim de compelir a ré a oferecer ao autor, sem nenhum custo adicional, casa ou apartamento localizado no andar térreo do mesmo conjunto habitacional ou de outro a ele próximo; franqueada a possibilidade de disponibilização de apartamento em andar superior, caso esteja esse adaptado e garanta às necessidades de mobilidade do cadeirante. Obrigação que deverá ser cumprida, no prazo de 120 dias, a contar da intimação pessoal do representante da recorrida, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 limitada a R$ 300.000,00.

Nestes termos, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 11826)

Ousei divergir do r. voto proferido pelo eminente 3º juiz por entender que o recurso comportava provimento em maior extensão.

Com efeito, o agravante comprovou que reside em apartamento localizado no quinto andar de edifício da Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo - COHAB (v. fls. 29 e 31). Ademais, os documentos carreados a fls. 34/38 dão conta de que o recorrente apresenta "*comprometimento motor permanente devido a amputação transtibial D*", além de diabetes mellitus, hipertensão arterial sistêmica e moléstia vascular periférica que progrediu para úlcera gigante circundante em MIE. E a correspondência de fls. 30 demonstra que há mais de dois anos o autor solicita troca de unidade, em razão da dificuldade de acessibilidade, mas não obteve o retorno adequado.

Pois bem. O art. 1º da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: I) a soberania; II) a cidadania; III) a dignidade da pessoa humana; IV) os valores sociais do trabalho e da

Acesso ao Sumário

livre iniciativa; V) o pluralismo político. A Constituição Federal, outorgada em outubro de 1988, foi feita pelo povo e para o povo, com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ora, a postura da agravada desconsidera não só o art. 1º da Carga Magna que trata da dignidade da pessoa humana como também outros dispositivos constitucionais que garantem a proteção e o atendimento especializado a pessoas portadoras de deficiência física (v. art. 23, inc. II; art. 24, inc. XIV; art. 227, § 1º, inc. II).

E a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, estabelece no art. 2º:

> "*Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.*
>
> *Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:*
>
> *(...)*
>
> *V - na área das edificações:*
>
> *a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte*".

Ora, a agravada é sociedade de economia mista, criada para "*favorecer o acesso a moradia digna a população de menor renda, obedecendo normas e critérios estabelecidos pelo Governo Municipal e pela legislação federal*", conforme informação retirada do *site* da Prefeitura de São Paulo (endereço eletrônico constante no texto original).

Ou seja, sendo a agravada entidade da administração pública indireta, deve dispensar tratamento prioritário e adequado para viabilizar medidas que garantam o acesso de pessoas portadoras de deficiência a edifícios. Trata-se de um dever previsto não só na Constituição Federal como também na Lei nº 7.853/1989.

Por conseguinte, respeitado o entendimento da MM. Juíza *a quo*, a r. decisão agravada deve ser reformada para o fim de compelir a ré a oferecer ao autor imóvel que disponibilize condições suficientes para a sua mobilidade em

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

cadeiras de rodas, sem escadas ou ladeiras excessivamente íngremes, com fácil acesso ao transporte público, no prazo de 30 dias, a contar da intimação pessoal do representante da recorrida, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 limitada a R$ 300.000,00.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Desembargador, Relator sorteado

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 18275)

Inconforma-se o agravante com a decisão copiada a f. 69, que indeferiu a tutela antecipada requerida em ação de obrigação de fazer, promovida por Ubirajara de Oliveira em face de Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP.

O pedido de antecipação de tutela visa a troca da unidade residencial adquirida pelo autor, para uma outra, com condições de acessibilidade, visto ser ele cadeirante.

Alega que a decisão agravada mencionou de forma genérica os motivos para indeferir o pedido de antecipação de tutela. Insiste na urgência do pedido.

Não obstante respeitar o entendimento do i. Relator, que concorda com o cabimento da antecipação de tutela, no caso, ouso divergir, por entender que não se encontram presentes os requisitos ensejadores da medida liminar, principalmente no que se refere à verossimilhança do direito alegado.

Ademais, não se vislumbra prejuízo em aguardar, ao menos até a manifestação da ré.

Isso porque, o autor comprou a unidade que pretende trocar, antes de se tornar cadeirante.

Portanto, o apartamento foi livremente adquirido no quinto andar de um prédio sem elevadores, cuja legislação não é afrontada, por preço mais favorável, até em função da ausência de elevadores, logo, não pode agora modificar as regras para impor algum sistema que seja diverso daquele existente na época da aquisição.

A legislação municipal permite a construção de edifícios de até cinco andares, sem elevadores, conforme se infere da Lei Municipal nº 11.228/92,

Acesso ao Sumário

regulamentada pelo Decreto nº 32.329/92[2],[3].

Noticia a inicial que a ré disponibilizou a troca da Unidade, no entanto, o autor não aceitou qualquer das propostas formuladas, dizendo não ser satisfatória.

Não se negue que o fato de sua unidade estar no quinto andar de um prédio sem elevadores mostra entraves para sua locomoção, no entanto, tal dificuldade não pode ser transferida para agravante, sob a alegação de que as unidades oferecidas são inservíveis para esse propósito.

Não há como se reconhecer, porém, com base exclusiva na sua afirmação, de que estes outros imóveis não se prestam a atender suas necessidades especiais.

À ausência de verossimilhança, impossível a antecipação de tutela pretendida pelo autor.

Ante o exposto, **por meu voto, negava provimento** ao recurso.

JAMES SIANO, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2179343-34.2014.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é agravante L.A.S.M., é agravado F.A.M..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.730)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente sem voto), LUCILA TOLEDO e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

THEODURETO CAMARGO, Relator

---

2 *9.5 - ELEVADORES DE PASSAGEIROS*

Qualquer equipamento mecânico de transporte vertical não poderá se constituir no único meio de circulação e acesso às edificações.

9.5.1 - Deverão ser servidas por elevadores de passageiros as edificações com mais de cinco andares e/ou que apresentem desnível, entre o pavimento do último andar e o pavimento do andar inferior - incluídos pavimentos destinados a estacionamento - superior a 12,00 m (doze metros) observadas as seguintes condições:

a) no mínimo um elevador, em edificações até dez andares e/ou com desnível igual ou inferior a 24,00 m (vinte e quatro metros);

b) no mínimo dois elevadores, em edificações com mais de dez andares e/ou com desnível superior a 24,00 m (vinte e quatro metros).

3 (endereço eletrônico constante no texto original) acesso em 18/11/2014

Acesso ao Sumário

Ementa: SEPARAÇÃO JUDICIAL - DISCUSSÃO ACERCA DE CULPA PELA FALÊNCIA DO CASAMENTO - DECISÃO QUE DETERMINOU O ADITAMENTO À PETIÇÃO INICIAL - COM O ADVENTO DA EC 66/2010, TORNOU-SE INÓCUA A DISCUSSÃO ACERCA DA CULPA, AO MENOS EM SEDE DE DEMANDAS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO - AFERIÇÃO DA CULPA E SUBSEQUENTE PEDIDO INDENIZATÓRIO QUE EM TESE, PODEM SER OBTIDOS EM DEMANDA PRÓPRIA - DECISÃO MANTIDA AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 56 que, nos autos da ação de separação judicial litigiosa, determinou o aditamento à petição inicial tendo em vista a Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal.

Irresignada, pretende a autora a concessão de efeito suspensivo e a reforma do r. pronunciamento sob a fundamentação, em síntese, de pretender discutir a culpa pela dissolução da sociedade conjugal atribuída ao agravado; o réu teve um filho fora do casamento; ele faltou com os deveres inerentes ao casamento; não ajuizou a ação de divórcio em face da sua intenção de discutir na separação judicial a culpa pela falência do casamento no escopo de propor futura ação de indenização por danos morais; tem ciência do teor da EC 66/2010, mas sustenta que se aplica apenas ao divórcio e não à separação judicial, ora proposta.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido negado o efeito suspensivo pretendido, consoante decisão de fls. 57/61.

Não foram apresentadas contrarrazões (réu não citado).

Não houve manifestação contrária à realização de julgamento virtual por parte do agravante (fls. 64).

Desnecessária a manifestação do Ministério Público no feito, conforme ressalvado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, em razão do art. 3º, IV, do Ato Normativo nº 313/03 - PGJ/CGMP/CPJ, de 24 de junho de 2003 (fls. 67).

É o relatório.

1. - Em que pesem as razões recursais, o agravo não merece prosperar.

Consoante assinalado anteriormente, "Após detida análise dos autos, verifica-se que a MMª. Juíza de primeiro grau defende a melhor tese."

Acesso ao Sumário

“A autora pretende discutir no âmbito da ação de separação judicial a culpa pelo insucesso do casamento, acoimando-a ao agravado por se relacionar com outra mulher e, também, porque com ela teve um filho.”

“Por conseguinte, com o reconhecimento da culpa no presente feito, almeja propor ação de indenização por danos morais em face do outro cônjuge.”

“No entanto, ao contrário do que pareceu à agravante, com o advento da Emenda Constitucional nº 66, o art. 226, § 3º, passou a contar com a seguinte redação: ‘O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.’”

“Ora, se assim é, ficou prejudicada a discussão da culpa pela falência do casamento, que pode vir a ser travada em demanda própria, como também o pleito indenizatório.”

“Esse também é o entendimento de MARIA BERENICE DIAS, para quem ‘Apesar das resistências de alguns, não é possível deixar de ler o novo texto constitucional sem atentar ao que antes estava escrito. A redação anterior do art. 226, § 6º, da Constituição dizia’: ‘O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos’. Ou seja, eram impostas restrições temporais à concessão do divórcio: (a) ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano; ou (b) estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos. A atual redação diz: ‘O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio’. Assim, desapareceu toda e qualquer restrição para a sua concessão, que cabe ser concedido sem prévia separação judicial e sem a necessidade do implemento de prazos. (cf. Divórcio já - comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Ed. RT, p. 36), o que, *mutatis mutandis*, bem se aplica à hipótese dos autos, pois inexistindo a figura jurídica da separação judicial, inexiste também a discussão acerca da culpa, que, como já se observou, poderá vir a ocorrer em demanda ordinária de indenização.”

“Neste Tribunal de Justiça, já se decidiu que ‘por força da superveniente Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desapareceu de nosso ordenamento jurídico a figura da separação judicial. A função, a razão de ser da EC 66/10 foi justamente colocar fim ao sistema dualista da extinção do matrimônio, que se fazia em duas etapas: a primeira da separação judicial, que extinguia a sociedade conjugal, e a segunda da conversão em divórcio, que extinguia o vínculo matrimonial. O divórcio é agora sempre direto e imotivado: não há mais requisitos subjetivos (culpa) e nem objetivos (tempo). Repousa apenas no livre arbítrio de não mais querer permanecer casado, direito potestativo de qualquer dos cônjuges, não havendo ao outro como evitar a intervenção em sua esfera jurídica’ (Ap. 00000350-70.2009.8.26.0196).”

Acesso ao Sumário

"Desse modo, não há que se falar em culpa pela separação se o instituto jurídico inexiste no ordenamento jurídico a partir do advento da EC nº 66/2010."

"Por tais, razões o aditamento à petição inicial é medida de rigor."

2. - CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2223272-20.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante A.A.B.R., é agravado A.M.M.P.C..

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13332)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JAMES SIANO (Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de investigação de paternidade - Decisão que rejeitou a exceção de incompetência - Inconformismo - Desacolhimento - Cidadania e domicílio portugueses do autor que não afastam a competência do juiz brasileiro - Réu que é domiciliado neste país - Aplicação do art. 88, inc. I, do Código de Processo Civil - Questão sobre a lei material aplicável (portuguesa ou brasileira) que deve ser decidida na sentença - Inteligência do art. 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - Litigância de má-fé - Inexistência de quaisquer das hipóteses do art. 17 do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A.A.B.R. contra a r. decisão copiada a fls. 146 que, nos autos da ação de investigação de paternidade ajuizada pelo agravado em face do agravante, rejeitou a exceção de

incompetência.

Sustenta o agravante em síntese, que a r. decisão agravada deve ser reformada, porque: a) o recorrido é residente e domiciliado em Portugal, devendo ser em tal país proposta a ação, nos termos do art. 7º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro; b) o autor não possui documento ou qualquer vínculo com o Brasil que justifique o ajuizamento da ação neste país; c) os arts. 1873º e 1871º do Código Civil Português devem ser aplicados ao caso se mantida a competência, declarando-se a prescrição, conforme entendimento jurisprudencial luso; d) os arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil são inaplicáveis. Pede o provimento do recurso.

O agravado apresentou contraminuta requerendo o desprovimento do recurso e a aplicação da multa por litigância de má-fé (v. fls. 159/174).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A r. decisão agravada foi prolatada nestes termos:

"*Não há nenhuma das hipóteses previstas no art. 89 do CPC. Aplicável o art. 88 daquele Estatuto.*

A LINDB soluciona a controvérsia acerca do direito aplicável. Nada impede, por exemplo, que o juiz brasileiro aplique uma lei estrangeira. Isso, porém, é matéria de mérito e em nada se relaciona à questão da Jurisdição brasileira sobre o caso posto em julgamento.

Rejeito a exceção. Prossiga-se nos autos principais" (v. fls. 146).

Pois bem.

A cidadania e o domicílio portugueses (v. fls. 20) do autor não impedem o ajuizamento da ação no Brasil, pois o réu, ora agravante, tem domicílio neste país (v. fls. 20/21), aplicando-se o art. 88, inc. I, do Código de Processo Civil, a saber:

"Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil".

Em relação à legislação material aplicável ao caso, tem razão o MM. Juízo *a quo*.

Trata-se de questão a ser analisada na sentença de julgamento da pretensão investigatória após o devido processo legal.

Lembre-se que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro não pode ser interpretada aos "pedaços".

É dizer, o art. 7º da referida norma não pode ser lido isoladamente. Na verdade, tal norma deve ser interpretada com base no disposto no art. 17 do mesmo diploma legal, a saber:

Acesso ao Sumário

"Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

A propósito, ensina HAROLDO VALLDÃO que:

"*Denega-se no Brasil, efeito ao direito estrangeiro que choca concepções básicas de foro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política que ali orientam a respectiva legislação. É uma noção fluida relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência a cada caso*" (*apud* MARISTELA BASSO, Curso de direito internacional privado, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 295).

Desse modo, a decisão acerca de qual a legislação aplicável não é uma mera operação de subsunção do fato à norma, especialmente considerando que, no Direito Brasileiro, a pretensão investigatória é imprescritível (AgRg no REsp nº 1422611/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 2/9/2014, DJe 5/9/2014).

Com isso, a sentença será o momento adequado para decidir qual será a lei aplicável ao caso concreto, a portuguesa ou a brasileira.

Por fim, diferentemente do que afirma o agravado, não se vislumbra a hipótese de litigância de má-fé prevista no art. 17, incs. VI e VII, do Código de Processo Civil. O princípio do duplo grau de jurisdição assegura à parte a interposição de recurso para atacar decisão que vai de encontro ao seu interesse.

Em suma, a r. decisão agravada não merece nenhum reparo, devendo ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2057814-48.2014.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante OLINDA PINHEIRO SOBREIRA DOS SANTOS, é agravado CELIO MACIEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22914/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente) e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 17 de março de 2015.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA - Existência de cláusula compromissória de arbitragem - Instrumento no qual consta que, no caso de não ser aceito o Tribunal Arbitral, eventuais conflitos seriam dirimidos no foro eleito originalmente - Propositura da ação no foro de domicílio do réu - Possibilidade - Inexistência de concorrência entre a Justiça Comum e o Tribunal Arbitral - Inteligência da Lei nº 9.307/96 - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de pg. 40 que, nos autos da ação de indenização, reconheceu ser possível a propositura da demanda no foro do réu, ainda que haja foro de eleição, dispondo, também, acerca da produção de provas.

Inconformada, a ré alega, para a reversão da medida, que, diante da máxima de que “o acessório segue o principal” e tendo sido definida a competência da jurisdição de arbitragem para resolver litígio havido entre as partes, deve de ser reconhecia a competência do Tribunal Arbitral de São Paulo para solucionar as questões relacionadas ao imóvel objeto da lide, inclusive, as benfeitorias; que foi aceita a cláusula de arbitragem, o que fez com que a parte adversa abrisse mão de seu direito de solucionar conflitos na jurisdição comum; que não se trata de foro de eleição, mas de competência; que, a permanecer tal decisão, estar-se-á negando vigência a Lei Federal.

Indeferido o efeito requerido, o agravado deixou de apresentar contraminuta (pg. 600), encontrando-se, o recurso, em termos para julgamento.

É o relatório.

Pretende, a agravante, o reconhecimento da incompetência da Justiça Comum, requerendo a extinção do feito, diante da existência de cláusula compromissória de arbitragem, afirmando que, tendo em vista que as partes assim pactuaram, o litígio deve de ser dirimido no Tribunal Arbitral.

No entanto, razão não lhe assiste.

Respeitado entendimento divergente, é possível a propositura de demanda na Justiça Comum, ainda que existente cláusula compromissória, já que não há concorrência entre esta e o Tribunal Arbitral.

Acesso ao Sumário

Vale ressaltar que a Lei nº 9.307/96 confere às partes a possibilidade de submeterem a solução de seus litígios ao juízo arbitral, não se tratando de norma impositiva, mas, repita-se, que confere uma faculdade a ser exercida pelos contratantes.

Neste sentido, esta Corte já se pronunciou:

LOCAÇÃO DE IMÓVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. DESOCUPAÇÃO E RETOMADA DO IMÓVEL LOCADO. INEXISTÊNCIA DE PODER COERCITIVO E EXECUTIVO DO JUÍZO ARBITRAL. IMPRESCINDIBILIDADE DA VIA JUDICIAL. Não obstante a existência de cláusula compromissória, a arbitragem não concorre com a Justiça Comum, em virtude da inexistência de poder coercitivo e executivo do juízo arbitral. Recurso desprovido (Agravo de Instrumento 2033161-16.2013.8.26.0000 - Relator(a): Gilberto Leme - Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 10/12/2013).

Ademais, as partes avençaram que, no caso de não ser aceito o Tribunal Arbitral de São Paulo, a competência para dirimir eventuais conflitos seria o foro eleito originalmente, qual seja, o Poder Judiciário da Comarca de Santos (pg. 208), o que corrobora o entendimento de que não foi excluída a competência da Justiça Comum.

Por derradeiro, tenho por expressamente prequestionada, neste grau de jurisdição, toda a matéria, consignando que não houve ofensa a qualquer dispositivo a ela relacionado, nem foi negada vigência a Lei Federal, como alegado em minuta. Vale, ainda, lembrar que ao juiz cabe decidir a lide, apontando os fundamentos que lhe pareçam suficientes para embasar a conclusão a que chega, não sendo necessário que aprecie todos os argumentos articulados pelas partes, o que não representa vício ou mácula do julgado.

Na hipótese de oposição de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes, desde já, intimadas a se manifestarem no próprio recurso a respeito de eventual contrariedade ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal, entendendo-se, o silêncio, como concordância.

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2214286-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NAIR GUIDO MENINI, são agravados SANTO IGNÁCIO DE

LOYOLA EMPREENDIMENTOS LTDA., GRAMINHO CONSULTORIA E PLANEJAMENTO ASSESS EMPRESARIAL LTDA., SAVEIRO CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., ITAPEMA PARTICIPAÇÕES LTDA, CARPE DIEM CONSULTORIA E PLANEJAMENTO ASSES EMPRESARIAL LTDA., BERNARDO ITAPEMA ALVES NETO e BRUNO FERREIRA BOSSI.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31195)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Reconvenção e processo eletrônico. Falta de adaptação do sistema para receber a reconvenção como peça autônoma. Obrigatoriedade de a parte lançar como ação. Cabimento. Aliás, a reconvenção deve ser anotada pelo distribuidor (art. 253, parágrafo único, do CPC). Provimento.

VOTO

Vistos.

O douto Juízo de Primeiro Grau indeferiu inicial de RECONVENÇÃO por entender inadmissível que se protocolize tal peça como ação autônoma, sabido que a regra é a juntada nos próprios autos. A recorrente diz que fez essa opção seguindo instruções do modelo eletrônico, tendo em vista a inexistência de classe própria para inserir a reconvenção como petição nos autos.

Apesar de devidamente intimada, a parte agravada deixou de apresentar contrarrazões, conforme certidão de decurso de prazo constante às fls. 483.

É o relatório.

O Tribunal emitiu vários pronunciamentos admitindo a reconvenção como peça autônoma, em virtude da não adaptação dessa figura no sistema eletrônico. Há, inclusive, um voto do Desembargador Felipe Ferreira, da 26ª Câmara (AgIn. nº 2145229-69.2014.8.26.0000) citando dois outros julgados no mesmo sentido (AgIn. nº 2072136-73.2014.8.26.0000, da 16ª Câmara e AgIn. nº 2039879-29.2013.8.26.0000, da 32ª Câmara). E assim deverá ser interpretado e julgado, porque ainda que não existisse o obstáculo formal de

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

não enquadramento da reconvenção como petição, mas, sim, ação, haveria o juízo de realizar o julgamento consentâneo com a finalidade do processo, até porque a reconvenção é averbada no distribuidor (art. 253, § único, do CPC). O incidente não traduz prejuízo para as partes ou para o processo e deveria ser admitida a reconvenção, tempestiva que é, para fins de cumprir o mandamento constitucional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Dá-se provimento para que se processe a reconvenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2195335-35.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MONTERREY DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES LTDA., é agravado DILETTO DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES LTDA..

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.417)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), ENIO ZULIANI e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Direito de empresa. Marca figurativa (Diletto e Monterrey). Possibilidade de confusão. Inexistência. Elementos visualmente distintos entre a marca da agravante (Monterrey) e da agravada (Diletto). Concorrência desleal e parasitismo não verificados. Público alvo: pessoas de alto poder aquisitivo, presumivelmente bem instruídas sobre os produtos. Decisão reformada. Agravo a que se dá provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento que **MONTERREY DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES LTDA.** tira dos autos da ação de obrigação

de fazer cumulada com pedido de indenização que lhe move **DILETTO DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES LTDA.**. Insurge-se contra a decisão reproduzida às fls. 154/156, que determinou que alterasse o logotipo do sinal utilizado em sua marca no prazo de 90 dias, de forma a se diferenciar do padrão estabelecido pela agravada, sob pena de multa diária fixada em R$ 10.000,00.

Alega que não há como se confundir sua marca com a da agravada, haja vista as inúmeras diferenças entre uma e outra, como as cores, formato dos carrinhos de venda, embalagens dos produtos, elementos constantes do logotipo e formato, tudo a evidenciar a alegada falta de similaridade e a impossibilidade de parasitismo ou concorrência desleal. Pugna pelo provimento do agravo para que a decisão seja reformada, revogando-se a determinação de alteração do seu logotipo.

Às fls. 223/225, deferi o pedido de suspensão dos efeitos da decisão agravada até o julgamento final do recurso. Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta às fls. 236/264.

Relatados.

2. O agravo merece provimento.

Conforme já pude adiantar na decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão agravada, a única coisa que as partes têm em comum é o fato de venderem sorvetes.

Os elementos constantes dos autos evidenciam com clareza solar que não há possibilidade de confusão entre as marcas. Começo pelas cores utilizadas: a Monterrey (agravante) emprega o roxo em sua identificação visual, já a Diletto (agravada), o verde escuro. Uma é de inspiração mexicana (Monterrey), a outra - por mais artificialmente fabricada que seja sua história -, italiana (Diletto). Os logotipos possuem formatos distintos: o da Monterrey é circular, com um cacto (ou mandacaru) em seu interior, o da Diletto, embora abranja um círculo, é ondulado-oitavado em seu exterior, e tem um urso polar como figura central. Mas não é só. Os carrinhos de vendas da Monterrey, na cor roxa, ostentam formato longilíneo e com bordas arredondadas, os da Diletto são verdes e têm design clássico, assemelhado a uma carroça. As embalagens dos produtos da Monterrey, senão total, são predominantemente transparentes, as da Diletto são opacas e, por vezes, ornadas com motivos temáticos.

Há que se levar em conta, ainda, o grau de atenção do público-alvo das marcas. Como se sabe, os preços praticados pelas partes não podem ser considerados populares. Em razão da alta qualidade da matéria-prima empregada na sua produção e da demanda de consumo, os sorvetes comercializados pela Diletto e pela Monterrey aproximam-se, hoje, da casa dos R$ 10,00 e podem facilmente ultrapassar o valor de uma refeição simples disponível à ampla população (o chamado "prato-feito", por exemplo). Isso significa que não se

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

destinam a consumidores desavisados ou hipossuficientes, tornando a confusão alegada pela agravada ainda menos crível de se verificar na prática.

Assim, embora atuem no mesmo ramo de atividade (comércio de sorvetes), da análise dos critérios técnicos empregados para se aferir a possibilidade de confusão entre as marcas, só se pode concluir negativamente, não se vislumbrando, pelas razões expostas acima, a menor similaridade entre as marcas, e, portanto, o alegado parasitismo.

Bem por isso, e preservada a convicção pessoal da magistrada, será dado provimento ao recurso a fim de reformar a decisão agravada e, consequentemente, revogar a determinação de alteração do logotipo do sinal utilizado pela agravante em sua marca.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2164350-83.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI, MARIA RITA SAMPAIO LUNARDELLI, GIULIANA SAMPAIO LUNARDELLI, GABRIELA SAMPAIO LUNARDELLI, BEATRIZ SAMPAIO LUNARDELLI e MARIANA SAMPAIO LUNARDELLI, são agravados AMERICAN AIRLINES, INC. e TAM LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente) e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Indenização - Cumprimento de sentença - Levantamento do valor da condenação - Determinado que a parte da indenização arbitrada em favor das menores fosse mantida depositada em juízo até a maioridade delas - Art. 1.689, II, do atual CC - Não demonstrada a inidoneidade dos genitores das menores ao exercerem a administração de seus bens - Caso em

Acesso ao Sumário

que nada indica que haja conflito de interesses entre os genitores e as menores - Precedentes do STJ e do TJSP - Agravada, "Tam Linhas Aéreas S.A.", que não se opôs ao levantamento pleiteado - Permitido o levantamento do respectivo valor - Agravo provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 1), interposto, tempestivamente, da decisão proferida em ação de ressarcimento de danos materiais e morais (fl. 13), em fase de cumprimento de sentença (fls. 126/133), que determinou que a parte da indenização arbitrada em favor das menores Beatriz e Mariana fosse mantida depositada em juízo até a maioridade delas (fl. 142).

Sustentam os agravantes, autores da aludida ação, em síntese, que: após a prolação da sentença, as agravadas apresentaram planilha com os débitos atualizados e efetuaram os respectivos depósitos; o mandado de levantamento foi expedido e, quando da entrada no "Banco do Brasil S.A.", foi percebido pequeno erro material na guia; a guia foi devolvida em cartório para correção e, dias depois, foram surpreendidos pela decisão ora agravada, que acatou parcialmente parecer do Ministério Público e determinou que os valores cabentes às menores fossem mantidos depositados em juízo; não se justifica a retenção das indenizações cabentes às menores até que atinjam a maioridade; o objetivo do levantamento consiste em propiciar a adequada gestão do patrimônio do incapaz e garantir-lhe condições de alimentação, educação e desenvolvimento; na espécie, o pátrio poder é exercido pelos genitores sem qualquer restrição; não há conflito de interesses entre as menores e os seus genitores; deve ser deferida a expedição do mandado de levantamento dos valores depositados pelas agravadas em favor das menores (fls. 4/9).

Houve preparo do agravo (fls. 10/12).

Não foi concedido o efeito ativo ao recurso oposto, ante a ausência de perigo de dano irreparável.

Foram dispensadas as informações.

Foi comprovado pelos agravantes o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC (fl. 148).

Foi apresentada resposta pela agravada "Tam Linhas Aéreas S.A." (fls. 153/155).

O ilustre Promotor de Justiça oficiante, Dr. Sandro Ethelredo Ricciotti Barbosa, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 161/165).

É o relatório.

2. Merece prosperar o reclamo manifestado pelos agravantes.

Acesso ao Sumário

Explicando:

2.1. Cuida-se de ação de ressarcimento de danos decorrentes de extravio de bagagem em viagem aérea com destino final em Punta Cana (fls. 13/29), julgada procedente (fls. 126/133).

Os agravantes Pedro e Maria Rita são pais das demais agravantes.

As agravantes Mariana e Beatriz são menores de idade.

As agravadas foram condenadas solidariamente no pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 18.012,97, bem como indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 para cada agravante, exceto para a agravante Mariana, a quem foram arbitrados R$ 10.000,00 (fl. 132).

Após o trânsito em julgado da sentença (fl. 140), as agravadas efetuaram o depósito do valor da condenação.

Foi expedido mandado de levantamento judicial no valor total da condenação (fl. 118).

Tendo em vista a existência de incorreção que impediu o “Banco do Brasil S.A.” a aceitar a guia de levantamento, os agravantes pleitearam a sua correção (fl. 117).

Todavia, levando em conta o parecer do Ministério Público (fl. 120), a ilustre juíza da causa determinou que a parte cabente às menores Beatriz (R$ 5.000,00) e Mariana (R$ 10.000,00) ficasse depositada em juízo (fl. 142).

Insurgiram-se os agravantes contra essa decisão interlocutória, tendo postulado o levantamento do valor total depositado, incluindo aquele em favor das menores.

2.2. Assiste razão aos agravantes.

Com efeito, nos termos do art. 1.689, inciso II, do atual Código Civil, compete aos genitores, enquanto no exercício do poder familiar, administrar os bens dos filhos menores que estão sob a sua autoridade.

Infere-se desse dispositivo que cumpre àqueles que exercem o poder familiar decidir como melhor gerir o patrimônio do menor, de acordo com as necessidades deste.

No caso em tela, os genitores das menores esclareceram que objetivam, com o levantamento do valor, “propiciar a adequada gestão do patrimônio” delas, “garantir-lhes condições de alimentação, educação e desenvolvimento” (fl. 5).

Ressalte-se que, ao proporem a presente ação, visando à condenação das agravadas por danos morais e materiais ocasionados em viagem de férias para Punta Cana, os genitores mostraram-se diligentes na defesa dos interesses da família.

Ademais, a indenização é fruto de viagem proporcionada pelos genitores

Acesso ao Sumário

das menores e a demanda foi por eles custeada.

Nada há nos autos que demonstre inidoneidade dos genitores das menores, ao exercerem a administração de seus bens.

Vale dizer, nada indica que haja conflito de interesses entre os genitores e as menores.

Acerca de tal assunto, houve pronunciamentos do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Recurso especial - Seguro de vida - Beneficiário - Menor impúbere - Pedido de levantamento de valores pela genitora, a bem da filha - Indeferimento pelas instâncias ordinárias - Recurso da autora.
>
> (...).
>
> Salvo justo motivo concretamente visualizado, a negativa de levantamento de valores depositados em juízo, a título de indenização securitária devida a beneficiária menor impúbere representada por sua genitora, ofende o disposto no art. 1.689, I e II, do CC/2002, sobretudo quando o objetivo da operação é propiciar a adequada gestão do patrimônio do incapaz e garantir-lhe condições de alimentação, educação e desenvolvimento, medidas com as quais se efetiva a prioridade absoluta constitucionalmente garantida à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227, 'caput', da CF/88).
>
> O poder familiar inclui, dentre outras obrigações, o dever de criação e educação dos filhos menores conforme dispõe, por exemplo, o art. 1.634, I, do Código Civil, além das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.
>
> No caso dos autos, não há notícia acerca de eventual conflito de interesses entre a menor e sua genitora, nem mesmo discussão quanto à correção do exercício do poder familiar, daí porque inexiste motivo plausível ou justificado que imponha restrição à mãe, titular do poder familiar, de dispor dos valores recebidos por menor de idade.
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido." (REsp nº 1.131.594-RJ, registro nº 2009/0149311-9, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. MARCO BUZZI, j. em 18.4.2013, DJe de 8.5.2013).
>
> "Civil - Ação indenizatória - Valores depositados pela ré - Levantamento - Determinação do juízo singular para que as partes atinentes aos menores remanesçam em caderneta de poupança até a maioridade - Pátrio poder exercido pela mãe sem restrições - Inexistência de circunstância particular a recomendar a medida restritiva sugerida pelo Ministério Público Estadual - CC de 1916, art. 385.
>
> Consoante dispunha o Código Civil anterior, em seu art. 385, na falta

Acesso ao Sumário

do pai, o pátrio poder era exercido pela mãe, de sorte que inexistindo restrições de ordem legal a tanto, como, no caso, tampouco se verificando situação excepcional a justificar cerceamento de tal direito, não há óbice a que a genitora levante os valores da indenização que cabem a cada um dos filhos menores, de família humilde, para aplicação em alimentação, instrução e educação visando ao seu futuro, o que constitui melhor investimento social do que a mera manutenção do numerário por longos anos em caderneta de poupança até a maioridade, como ditado pelas instâncias ordinárias, aplicação que, a longo prazo, tem revelado perdas em relação à inflação real.

Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 534.521-SP, registro nº 2003/0074470-6, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. em 16.10.2008, DJe de 3.11.2008).

No mesmo sentido houve deliberações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Agravo de instrumento - Ação de indenização por danos morais - Pedido de levantamento do valor da condenação depositado em nome do menor - Poder familiar de administração dos bens do menor - Ausência de prova de que a destinação do numerário é contrária aos interesses do menor - Ausência de conflitos de interesses entre a genitora e seu filho - Presunção de boa-fé da genitora - Montante do valor que se pretende levantar não expressivo - Recurso provido." (AI nº 2054537-24.2014.8.26.0000, de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. CAUDURO PADIN, j. em 17.7.2014).

"Agravo de instrumento - Cumprimento de sentença - Pedido de levantamento dos valores penhorados - Decisão agravada que condicionou o levantamento à maioridade do autor ou à comprovação de sua necessidade - Administração dos bens dos filhos menores que cumpre àqueles que exercem o poder familiar (CC, art. 1.689) - Ausência de limite ou condição legal - Falta de justo motivo para condicionar o levantamento - Atendimento do melhor interesse do adolescente, que necessita de cuidados especiais - Levantamento deferido - Recurso provido." (AI nº 2068024-95.2013.8.26.0000, de São Paulo, 29ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. HAMID BDINE, j. em 26.3.2014).

Acesso ao Sumário

2.3. Registre-se que a própria agravada, "Tam Linhas Aéreas S.A.", manifestou-se favorável ao levantamento, pelos agravantes, genitores das menores, do valor indenizatório arbitrado em favor de suas filhas menores.

Confira-se:

"(...) esta Agravada não se opõe ao provimento do referido Agravo vez que sequer há informação no parecer do I. Representante do MP de até

quanto referido valor deverá permanecer retido.

Ainda, esta Agravada não se opõe ao fato de que os pais dos Agravantes são pessoas economicamente abastadas e não possuem qualquer interesse em prejudicá-los ante o levantamento de tal valor." (fls. 154/155).

2.4. Em suma, não há óbice a que os genitores levantem o valor da indenização arbitrada em favor das filhas menores.

3. Nessas condições, dou provimento ao agravo contraposto, reformando a decisão impugnada (fls. 141/142), a fim de permitir o levantamento, pelos agravantes genitores das menores, do valor integral da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2203396-79.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante YOU CAN CHANGE IT INTERNACIONAL LDA, são agravados ATOLL SHOE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. M.E. e FERNANDO MAVOUCHIAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18912)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente), RICARDO NEGRÃO e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Tutela antecipada. Ação de abstenção de atos de concorrência desleal (produção, comercialização, distribuição, divulgação ou exploração, por qualquer meio e forma, das "Sandálias Galibelle"). Deferimento. Elementos dos autos dos quais se extrai a verossimilhança de que a autora-agravante é titular dos modelos de sandálias mencionadas nos autos, razão pela qual ordenava a produção segundo suas especificações aos agravados, responsáveis pelo fabrico e entrega dos produtos à agravante. Presença de prova inequívoca que convence da verossimilhança da alegada violação de direito de propriedade

Acesso ao Sumário

industrial, aliada ao risco de dano de difícil reparação. Atendimento dos requisitos necessários à antecipação de tutela pretendida, nos moldes do disposto no artigo 273, *caput,* e inciso I, do Código de Processo Civil. Antecipação de tutela deferida para que os agravados cessem imediatamente a prática dos atos de concorrência desleal e de violação de direitos autorais, bem como para que retirem de circulação todos os produtos contrafeitos, além dos materiais publicitários, notadamente em seus stands de venda e internet, sob pena de multa diária de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Agravo de instrumento provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão reproduzida às fls. 333, que indeferiu a antecipação de tutela pleiteada em ação de abstenção de atos de concorrência desleal (produção, comercialização, distribuição, divulgação ou exploração, por qualquer meio e forma, das "Sandálias Galibelle" - que trocam as tiras - desenvolvidas pela autora-agravante), sob pena de multa diária de R$20.000,00.

Alega a agravante ser empresa portuguesa criadora das sandálias modelo "Galibelle" e que, optando por iniciar a produção de seus calçados no Brasil contratou os serviços da empresa agravada, conforme minuta de contrato reproduzida neste instrumento. Explica que, embora a minuta não tenha sido efetivamente assinada, é inegável sua aceitação pelos agravados conforme se extrai do e-mail encaminhado pelo segundo agravado (documento reproduzido no instrumento), ademais porque a produção segundo as ordens da ora agravante já tinha se iniciado (conforme documentos que indicam os modelos a serem produzidos e suas respectivas quantidades), limitando-se os agravados a fabricar o encomendado e receber pelo serviço. Aduz que a relação negocial entre as partes perdurou até o início de 2014, quando se desentenderam, o que acabou por inviabilizar a continuidade do contrato. Afirma que no ano de 2012 requereu perante o INPI Português o registro do desenho de alguns de seus modelos de sandálias, pedido realizado via PCT, ou seja, para extensão a todos os demais países nos quais a agravante mantém a comercialização de seus produtos, dentre eles o Brasil. Alega que, mesmo após o término da relação negocial entre as partes, verificou que os agravados, por conta própria, deram continuidade à fabricação e comercialização dos produtos da agravante, identificando-os inclusive com os mesmos nomes e códigos, como destaca. Ressalta que, até mesmo o material publicitário da agravante vem sendo ostensiva e indevidamente reproduzido pelos agravados, conforme explicita

Acesso ao Sumário

em seu recurso. Afirma ter enviado notificação extrajudicial aos agravados na tentativa de solução, o que foi ignorado por completo, de molde a fundamentar o ajuizamento da ação e a interposição do presente recurso. Menciona existir nítida violação de seus direitos de propriedade, corroborada pelo pedido de patente externado pelos agravados para registro dos produtos da ora agravante. Insiste na verossimilhança de suas alegações, corroborada pelo caráter malicioso e parasitário do comportamento dos agravados, como ressaltado, razão suficiente à reforma da decisão agravada para o deferimento da antecipação de tutela. Discorre sobre o *periculum in mora* que justificaria a antecipação. Colaciona lições de doutrina e precedentes jurisprudenciais em arrimo à sua tese. Requer o provimento do recurso para o deferimento da tutela antecipada, a fim de que os agravados cessem imediatamente a prática dos atos de concorrência desleal e de violação de direitos autorais, bem como para que retirem de circulação todos os produtos contrafeitos, além dos materiais publicitários, notadamente em seus stands de venda e internet, sob pena de multa diária de R$ 20.000,00.

Analisados pelo Relator os requisitos necessários e verificada a sua presença, foi concedida a tutela recursal antecipada para "*determinar que os agravados cessem imediatamente a prática dos atos de concorrência desleal e de violação de direitos autorais, bem como para que retirem de circulação todos os produtos contrafeitos, além dos materiais publicitários, notadamente em seus stands de venda e internet, sob pena de multa diária de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), devidamente atualizada até a data do efetivo pagamento.*" (fls. 341).

O recurso foi processado com a publicação da decisão do Relator, dispensadas as informações do Juízo *a quo* e a resposta dos agravados, ainda não citados.

Os agravados, cientificados da decisão de antecipação de tutela recursal, apresentaram o agravo regimental em anexo (fls. 1 a 19), pugnando pela revogação da decisão antecipatória.

É o relatório.

Levados os autos à mesa para julgamento do agravo de instrumento, fica prejudicado o agravo regimental dos agravados (incidente anexo), que pugnava pela revogação da antecipação de tutela.

Merece confirmação a antecipação de tutela recursal deferida pelo Relator às fls. 341, *in verbis*:

"Por entender satisfeito o requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação calcada no contrato em que a requerida é contratada para a produção dos calçados criados pela requerente, a inequívoca ruptura desse contrato, o requerimento da patente perante a autoridade administrativa competente em Portugal e o subsequente pedido de registro de patente pela requerida no Brasil, além da propaganda

Acesso ao Sumário

utilizar de imagens idênticas (foto da onça), bem como a semelhança dos calçados, bem assim o risco de dano de difícil reparação porque desconhecida a capacidade financeira da requerida para responder pelos danos, permitem a concessão da tutela recursal antecipada para determinar que os agravados cessem imediatamente a prática dos atos de concorrência desleal e de violação de direitos autorais, bem como para que retirem de circulação todos os produtos contrafeitos, além dos materiais publicitários, notadamente em seus stands de venda e internet, sob pena de multa diária de R$ 20.000,0 (vinte mil reais), devidamente atualizada até a data o efetivo pagamento.

Comunique-se para cumprimento.

Processe-se com a publicação desta e o retorno dos autos para elaboração de voto, dispensadas as informações e a resposta da parte adversa que ainda não foi citada.

Faculto aos interessados manifestação, em cinco dias, de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/201, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJE de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

Int.”

Da análise dos documentos que instruem o recurso colhe-se que desde o ano de 2010 as partes mantem relação negocial. A despeito dos instrumentos contratuais reproduzidos não estarem assinados (fls. 169/173 e 188/191), as tratativas comerciais via correspondência eletrônica entre as partes refletem a realidade e efetividade do negócio que perdurou ao menos até o desajuste no ano de 2014.

A correspondência eletrônica reproduzida no instrumento revela a constante ordem de produção de calçados emanada da requerente-agravante *You Can Change It Internacional Ltda*. e dirigida à requerida-agravada *Atoll Shoe Indústria e Comércio de Calçados Ltda. M.E.*.

Ademais, ainda que não firmado o instrumento de fls. 169/173, dele consta expressa cláusula de exclusividade em que a ora agravada se comprometeria a *“não vender qualquer tipo de sandália intercambiável, com ou sem a marca Galibelle sobre elas, para qualquer empresa ou particular, no Brasil ou em qualquer país fora desse”....’...não enviar qualquer amostra das sandálias intercambiáveis a qualquer outra empresa, exceto Galibelle, representada por Moshe ou Azulay Kátia.”* (cláusulas primeira e segunda).

Assim, em análise preliminar e tão somente para fins de antecipação de tutela, verifica-se preenchido o requisito da verossimilhança das alegações de que a autora-agravante é titular dos modelos de calçados, figurando os agravados como meros contratados para a produção dos calçados criados pela autora.

Está presente o risco de dano de difícil reparação como explicitado na

Acesso ao Sumário

decisão do Relator acima reproduzida.

Por estes motivos, dá-se provimento ao recurso para confirmar a tutela recursal antecipada deferida pelo Relator, determinando-se que os agravados cessem imediatamente a prática dos atos de concorrência desleal e de violação de direitos autorais, bem como para que retirem de circulação todos os produtos contrafeitos, além dos materiais publicitários, notadamente em seus stands de venda e internet, sob pena de multa diária de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), devidamente atualizada até a data do efetivo pagamento, conforme fixado na decisão de antecipação da tutela recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2195250-49.2014.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que são agravantes ADMIR GOMES e MARIA FERREIRA GOMES, é agravado CR2 SÃO PAULO 1 EMPREENDIMENTOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.237)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente sem voto), SIMÕES DE VERGUEIRO e JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Execução - Embargos - Decisão que recebeu os embargos à execução, sem efeito suspensivo - Requerimento da parte embargante - Necessidade de fundamentação - Art. 93, IX da Constituição Federal - Decisão anulada de ofício para que outra seja proferida - Agravo provido para esse fim.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que recebeu os embargos à execução de título extrajudicial, sem suspensão dos

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

autos principais.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que a r. decisão recorrida (fls. 7) foi proferida nos seguintes termos: "***recebo os embargos para discussão. Processe-se sem efeito suspensivo. Certifique-se nos autos principais a sua interposição e nestes a sua tempestividade***".

Com efeito, é de se observar que o art. 739-A, §1º do Código de Processo Civil estabelece os requisitos que devem estar presentes para o fim de os embargos à execução serem recebidos com efeito suspensivo, cabendo ao juiz analisá-los, **mormente** quando requerido pela parte embargante, conforme se verifica na espécie (fls. 20).

À evidência, tal análise não deve ser implícita, devendo o Magistrado, de forma objetiva, fundamentar a sua deliberação, a teor do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal.

Como na espécie, tal não foi observado, deve o r. decisório atacado ser anulado, para que outro, de forma completa, aprecie o requerimento, evitando-se, assim, qualquer eventual futura alegação de cerceamento de defesa.

Destarte, para esse fim, é de rigor a acolhida das razões recursais.

Isto posto, ***DÁ-SE PROVIMENTO*** ao agravo, anulada a r. decisão recorrida. Oficie-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2190292-20.2014.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante JOSE ALFREDO GALLUCCI ROIZ, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18795)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), CAUDURO PADIN e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2015.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Comissão do leiloeiro - Execução de título extrajudicial - Transação entre as partes antes das praças - Decisão determinou ao executado o pagamento de comissão ao leiloeiro - Direito subjetivo do leiloeiro à comissão somente exsurge após a realização da praça ou leilão, com a arrematação - Inteligência dos arts. 705, IV, do CPC e 40 do Decreto Lei nº 21.981/1932 - Precedentes do STJ - Necessidade, todavia, de pagamento das despesas que o leiloeiro tiver desembolsado com as praças - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão reproduzida a fl. 15, em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, ajuizada pelo agravado em face do agravante, que determinou a intimação do executado para pagamento de remuneração ao leiloeiro, no valor de 1% do valor de avaliação do bem a ser arrematado, em razão das partes terem firmado acordo após a nomeação do leiloeiro.

Agrava de instrumento executado, sustentando, em síntese, descaber pagamento de comissão ao leiloeiro, pois inexiste serviço prestado. Alega que a atividade deste pressupõe a existência de risco do negócio, pois a arrematação do bem não é certa. Afirma que a comissão somente será devida quando houver arrematante, pois é este que efetuará o pagamento daquela, nos termos do art. 705, IV, do CPC. Explica que, no caso, não houve qualquer serviço prestado pelo leiloeiro, uma vez que a nomeação da empresa Superbid Judicial se deu dois dias antes da juntada da petição informando que as partes firmaram acordo. Pugna pela reforma da decisão agravada para afastar a comissão do leiloeiro arbitrada.

Recurso processado sem pedido de efeito suspensivo ou tutela recursal antecipada, respondido (fls. 125/128) e informações prestadas pelo Juiz de Direito (fls. 133/134).

É o relatório.

VOTO.

O caso vertente a ser analisado é da possibilidade de pagamento da comissão ao leiloeiro na hipótese em que, antes das praças, as partes transigiram.

No caso, o agravado ajuizou em face do agravante execução por quantia certa contra devedor solvente, com base em Cédula de Crédito Bancário de nº 202.039.176, executando a quantia de R$ 68.368,86, atualizada até dezembro de 2012 (fls. 20/30).

Acesso ao Sumário

O executado ofereceu à penhora um imóvel de matrícula nº 2.459, do Registro de Imóveis de São Carlos (fls. 35/39), aceito pelo Banco exequente (fls. 39/40), avaliado em R$ 1.169.210,00 (fls. 44/54).

Para a alienação do bem penhorado, foi nomeada a empresa Mais Ativo Intermediação de Ativos Ltda. (Superbidjudicial) em decisão proferida em 13 de agosto de 2014, na qual fixou-se a remuneração do leiloeiro na hipótese de transação entre as partes no seguinte valor:

"***Na hipótese de adjudicação do bem pelo próprio credor, á ele caberá o pagamento da comissão do leiloeiro. Outrossim, para a hipótese de transação entre as partes ou remição da dívida após o anúncio do leilão pela empresa ora nomeada, fica estabelecida a obrigação do executado pelo pagamento do valor correspondente a 1% do montante da avaliação, a título remuneratório pelos serviços ate então prestados pela empresa, no gerenciamento do leilão eletrônico.*** " (grifo nosso) (fls. 55/56).

As partes, antes das praças, noticiaram ao Juiz a transação no valor de R$ 7.000,00 pela dívida, mais R$ 800,00 de honorários advocatícios (fls. 75/76).

O Juiz, na decisão agravada, determinou ao executado a comprovação do pagamento da remuneração do leiloeiro, assim fundamentada:

"***Vistos.***

As partes se compuseram amigavelmente após o anúncio do leilão, portanto, nos termos do despacho de fls. 162/163, determino a intimação dos executados para no prazo de cinco (05) dias comprovarem nos autos o pagamento do valor correspondente a 1% do montante da avaliação, a título remuneratório pelos serviços prestados pela empresa gestora do sistema de alienação judicial Mais Ativo Intermediação de Aticos Ltda. (Superbidjudicial), sob as penas da lei.

Int." (fl. 15)

Preservado o entendimento do Juiz de Direito, o recurso é provido em parte.

Acesso ao Sumário

O devedor agravante defende o afastamento da comissão do leiloeiro arbitrada entendendo devida somente na hipótese de arrematação do bem, nos termos do art. 705, IV, do CPC, a cargo do arrematante o pagamento e porque, no caso, nenhum serviço foi prestado pelo leiloeiro.

Reza o art. 705, IV, do CPC:

"Art. 705. Cumpre ao leiloeiro:

IV - receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz."

Da exegese do referido artigo conclui-se que a obrigação de pagar a comissão ao leiloeiro surge na hipótese da realização da praça ou leilão, com a

arrematação, incumbindo ao arrematante o seu pagamento.

Por outro lado, o art. 40 do Decreto Lei nº 21.981 de 1932, que regula a profissão do leiloeiro assim dispõem:

"Art. 40. O contrato que se estabelece entre o leiloeiro e a pessoa, ou autoridade judicial, que autorizar a sua intervenção ou efetuar a sua nomeação para realizar leilões, é de mandato ou comissão e dá ao leiloeiro o direito de cobrar judicialmente e sua comissão e as quantias que tiver desembolsado com anúncios, guarda e conservação do que lhe for entregue para vender, instruindo a ação com os documentos comprobatórios dos pagamentos que houver efetuado, por conta dos comitentes e podendo reter em seu poder algum objeto, que pertença ao devedor, até o seu efetivo embolso."

Da conjugação dos referidos artigos, deve-se extrair-se a solução mais equânime para a hipótese de frustrada a praça ou leilão, as partes acabam por transigir.

Nesta hipótese, o leiloeiro não poderá cobrar a comissão porque inexistiu arrematação, prejudicada que ficou pela transação das partes. Todavia, poderá o leiloeiro reembolsar-se das despesas que teve para a preparação das praças, devidamente comprovadas. O leiloeiro não está obrigado a suportar as despesas que teve para preparação das praças, que deverão ser reembolsadas pelo devedor, porquanto a elas deu causa, embora frustradas pela anterior transação das partes.

Com base nos supramencionados dispositivos legais, o STJ consolidou o seguinte entendimento, no tocante a comissão do leiloeiro, na hipótese de frustrada a praça, sem a sua realização:

Nesse sentido, precedentes do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL - LEILOEIRO - COMISSÃO - LEILÃO FRUSTRADO ANTE A OCORRÊNCIA DE REMIÇÃO DA EXECUÇÃO.

1. A controvérsia cinge-se em saber se o leiloeiro faz jus à comissão prevista no art. 705, IV do Código de Processo Civil, no caso de ocorrência da remição da execução antes da realização do leilão.

2. Nestes casos, não se há que falar em remuneração do leiloeiro, porquanto inexistente o serviço prestado. O direito subjetivo à comissão exsurge quando efetivamente realizada a hasta ou leilão.

3. O art. 40 do Decreto n. 21.981/32, regulador do exercício da atividade de leiloeiro, garante o ressarcimento da atividade desenvolvida, por meio do pagamento de quantias que o leiloeiro tiver desembolsado com anúncios, guarda e conservação do que lhe for entregue para vender, instruindo a ação com os documentos comprobatórios dos pagamentos que houver efetuado, por conta dos comitentes, e podendo reter em seu

Acesso ao Sumário

poder algum objeto que pertença ao devedor, até o seu efetivo reembolso. 4. Precedentes: REsp 646.509/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 20.9.2007, DJ 15.10.2007; RMS 13.130/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.9.2002, DJ 21.10.2002. Recurso especial improvido." (REsp. nº 1050355/RS, Rel. Min. Humberto Martins, T2 - SEGUNDA TURMA, j. 04/11/2008)

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BASE DE CÁLCULO DA COMISSÃO DO LEILOEIRO. VALOR DA ARREMATAÇÃO. OCORRÊNCIA DE REMIÇÃO. COMISSÃO INDEVIDA. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.

1. O Tribunal a quo pronunciou-se de forma motivada para a solução da lide, declinando os fundamentos jurídicos que embasaram sua decisão. Ademais, não se exige do magistrado que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais que não compõem a base jurídica adotada para sua decisão nem que se detenha a analisar pontualmente todas as alegações expendidas pela parte.

2. Em regra, a base de cálculo da comissão a ser paga pelo arrematante ao leiloeiro é o valor da arrematação, nos termos do art. 24, parágrafo único, do Decreto n. 21.981/1932 c/c o art. 705, IV, do Código de Processo Civil.

3. O direito subjetivo à comissão exsurge quando efetivamente realizada a hasta ou leilão, com a consequente arrematação do bem, cabendo ao arrematante o dever de efetuar o pagamento da referida remuneração. Inexistente a arrematação, o leiloeiro faz jus somente à percepção das 'quantias que tiver desembolsado com anúncios, guarda e conservação do que lhe for entregue para vender, instruindo a ação com os documentos comprobatórios dos pagamentos que houver efetuado, por conta dos comitentes e podendo reter em seu poder algum objeto, que pertença ao devedor, até o seu efetivo embolso' (art. 40 do Decreto n. 21.981/1932). Precedentes.

4. No caso, porém, é fato incontroverso a não ocorrência de arrematação, uma vez que a dívida foi remida pelo devedor logo após a realização da primeira praça - em caráter condicional. Nessa linha de intelecção, ante a não efetivação do leilão e a inexistência de previsão expressa no edital acerca de eventual comissão devida se acaso suspensa ou anulada a hasta pública, não é devido nenhum pagamento ao pregoeiro a título de prestação de serviços.

5. Não obstante, tendo em vista que o recurso especial foi intentado

Acesso ao Sumário

exclusivamente pelo leiloeiro, em consonância com o princípio da vedação à reformatio in pejus, mantém-se a decisão que arbitrou os seus honorários em 2,5% sobre o valor do débito.

6. Recurso especial não provido." (REsp nº 1.179.087 , Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 22/10/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA OFENSA AO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO PÚBLICA FRUSTRADA POR MOTIVO DE ACORDO ENTRE AS PARTES ENVOLVIDAS NO LITÍGIO. COMISSÃO DE LEILOEIRO. INEXIGIBILIDADE. PRECEDENTE.

1- 'Se não houve arrematação, mesmo que por força de composição entre os litigantes, o leiloeiro não tem comissão a receber.' (REsp 646.509/RJ, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 15/10/2007).

2- Recurso especial desprovido." (REsp nº 788528/SC, Rel. Min. Paulo Furtado, Terceira turma, j. 22/06/2010)

E não é outro o entendimento deste E. Tribunal:

"DESPESAS CONDOMINIAIS - AÇÃO DE COBRANÇA - EXECUÇÃO - LEILÃO JUDICIAL - REMIÇÃO DA DÍVIDA - COMISSÃO DO LEILOEIRO INDEVIDA – DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Considerando-se que o executado remiu a dívida, cancelando a praça, não há que se falar em depósito da comissão do leiloeiro, ante a não efetivação da arrematação do bem, ressalvado, contudo, que eventuais gastos efetivamente comprovados pelo mesmo devem ser ressarcidos." (Agravo de Instrumento nº 2008373-35.2013..8.26.000, Rel. Des. Paulo Ayrosa, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 10/09/2013)

"Agravo de instrumento. Execução contra devedor solvente. Comissão do leiloeiro. Remição da dívida antes da realização da praça. Comissão indevida. Eventuais gastos pelo leiloeiro devem ser ressarcidos, mediante comprovação. Recurso provido com observação." (Agravo de Instrumento nº 0272912- 94.2012.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Occhiuto Júnior, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 09/05/2014)

"LEILÃO - EXECUÇÃO FISCAL - Municipalidade de Tambaú - Remuneração de leiloeiro - Alegação de que indevida, em razão de confissão da dívida e celebração de acordo de parcelamento, prejudiciais do prosseguimento da ação e da realização do leilão - Admissibilidade - Jurisprudência do STJ no sentido de que descabe o pagamento de comissão ao leiloeiro, se frustrado o leilão - Direito que exurge apenas quando efetivamente realizada a hasta ou leilão - Possibilidade de

ressarcimento de eventuais quantias por ele desembolsadas - Recurso a que se dá provimento, com observação.” (Agravo de Instrumento nº 0047221-28.2013.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Muniz, 15ª Câmara de Direito Público, j. 18/04/2013)

No caso, as partes transigiram, antes das praças, como dito, razão pela qual foi determinado o cancelamento da hasta pública (fls. 75/77). Desse modo, não há razão para a exigência da comissão do leiloeiro, fixada em 1% sobre o valor de avaliação do imóvel, porquanto não se efetivou a arrematação.

Como bem afirmou o Ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento do REsp nº 646.509/RJ:

“O trabalho do leiloeiro é de risco.

Se não houve arrematante, mesmo que por motivo alheio à vontade do leiloeiro, ele não tem comissão a receber. De fato, se esse auxiliar do juízo é remunerado em função do valor pelo qual o bem foi arrematado, em não havendo arrematação não há base para cálculo da comissão.”.

Mesmo porque, na hipótese, a comissão arbitrada, mesmo sem a realização das praças, frustradas pela transação entre as partes, importaria em enriquecimento ilícito do leiloeiro, que receberia R$ 11.692,10 (1% sobre R$ R$ 1.169.210,00 - valor de avaliação do imóvel - fls. 43/54), maior até, que o valor da transação da execução a que chegaram as partes.

Assim, no caso, deverá o devedor agravado suportar apenas as despesas efetivamente comprovadas pelo leiloeiro com as praças.

Por tais fundamentos, dá-se provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2217653-12.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDILON SANTOS NASCIMENTO DE OLIVEIRA, é agravado BANCO PANAMERICANO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16421)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2015.

MARINO NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO REVISIONAL - CONTRATO BANCÁRIO - FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Justiça gratuita - Os elementos de convicção do juízo *a quo*, que abalam a credibilidade da declaração de hipossuficiência apresentada pelo requerente, exigem que o interessado no benefício demonstre efetivamente, com argumentos e/ou provas, sua impossibilidade de arcar com as despesas processuais - Ausência de comprovação - Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão digitalizada às fls. 29/30 que, em ação revisional de contrato[1] ajuizada por **Edilon Santos Nascimento Oliveira** em face de **Banco Panamericano S/A**, indeferiu o pedido de justiça gratuita e negou a tutela antecipada pleiteada, autorizando, no entanto, a realização de depósito do valor incontroverso sem afastar os efeitos da mora.

O agravante requer o deferimento da justiça gratuita, por fazer jus ao benefício, não se insurgindo quanto aos demais pontos da decisão.

Recebido e processado o recurso, dispensaram-se as informações a que alude o artigo 527, inciso IV, do Código de Processo Civil, bem como a contraminuta diante da ausência de citação do réu em primeira instância.

É o relatório.

Apesar de o meu entendimento ser no sentido de que, para a obtenção do benefício da justiça gratuita, basta a declaração de ausência de condições econômicas para arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e da família, sem dúvida que tal declaração pode ser questionada.

Se o julgador tem elementos de convicção que abalam a credibilidade da declaração apresentada pelo requerente, pode negar o benefício, independentemente de impugnação da outra parte.

Na espécie, não se mostram presentes elementos suficientes que possam amparar a pretensão, pois o agravante não instruiu seu recurso com nenhum documento que comprove a hipossuficiência alegada, devendo permanecer indeferido o pleito de gratuidade processual.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

1 Valor da causa: R$ 24.000,00, em novembro de 2014.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2165123-31.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), é agravado MASSIMO MÓVEIS LTDA. (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15489)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 27 de março de 2015.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. CRÉDITO DA UNIÃO FEDERAL. ENCARGO LEGAL. Art. 1º do Decreto-lei nº 1.025/69. Encargo que se destina a custear honorários advocatícios e despesas da Fazenda Nacional na arrecadação de tributos. Encargo que não ostenta natureza tributária, mas sim, de crédito quirografário. Exegese do art. 83, inc. VI, 'a', da Lei nº 11.101/05. Precedentes. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 01/08) interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca da Capital, Dr. Daniel Carnio Costa (fls. 95/97), nos autos da falência, que classificou o encargo legal como crédito quirografário.

Sustenta que o encargo legal teria natureza jurídica de crédito tributário, razão pela qual deveria ser classificado como tal, nos termos do artigo 83, III, da Lei nº 11.101/05. Cita jurisprudência. Pugna pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso.

Negado o efeito suspensivo pleiteado (fls. 100/101).

Foi apresentada resposta ao recurso (fls. 105/110), pelo não conhecimento do recurso ou, se conhecido, pelo seu não provimento.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, também pelo não provimento

Acesso ao Sumário

do recurso (fls. 112/123).

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

É pacífico o entendimento jurisprudencial deste E. Tribunal no sentido de que o encargo legal previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 1.025/69 não tem natureza jurídica de crédito tributário.

Isso porque referido encargo, cobrado na base de 20% nas execuções fiscais ajuizadas pela União Federal, tem a finalidade de custear honorários advocatícios e despesas da Fazenda Nacional na arrecadação de tributos, portanto, ostenta natureza jurídica de crédito quirografário.

Neste sendo, pacífica a orientação desta 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial:

> "Falência. Habilitação de crédito. Crédito da União Federal. Encargo legal. Artigo 1º do Decreto-lei nº 1.025/69. Classificação como crédito quirografário. Ausência de natureza tributária. Percentual de 20% devido pelo executado nas execuções fiscais promovidas pela União Federal que se destina a custear honorários advocatícios e despesas da Fazenda Nacional na arrecadação de tributos. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento desprovido." (Agravo de Instrumento nº 0037924-94.2013.8.26.0000, Rel. Des. José Reynaldo, j. em 09/12/2013).

> "Falência - Crédito da União Federal - Habilitação de crédito - Encargo Legal - Decisão que classifica o crédito relativo ao encargo legal como crédito quirografário - Inconformismo da União, alegando tratar-se de crédito de natureza tributária - Descabimento - Encargo legal que não possui natureza de tributo, portanto correta sua classificação como quirografário - Precedentes desta Corte - Agravo improvido. Dispositivo: Negam provimento." (Agravo de Instrumento nº 0112005-14.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. em 09/12/2013).

E mais: TJSP, AI nº 0272231-27.2012.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 02/09/2013; TJSP, AI nº 0053249-12.2013.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial j. 01/08/2013; TJSP, AI nº 0048530-84.2013.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 23/04/2013; TJSP, AI nº 0272220-95.2012.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 22/01/2013.

Igualmente opinou a D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 112/123).

De rigor, portanto, a manutenção da r. decisão agravada, que classificou o encargo legal de 20% como crédito quirografário, nos termos do art. 83, inc. VI, a, da Lei nº 11.101/05.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2097807- 98.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada MARIA LUCIA SUANO DE SOUZA MELLO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22620)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ (Presidente) e IRINEU FAVA.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

HENRIQUE NELSON CALANDRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública. Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta C. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Após a dedução do índice efetivamente aplicado à época, o poupador faz jus ao recebimento da diferença de 20,3609%.

Suspensão do andamento da execução. Determinação com fulcro nos Recursos Especiais nº 1.391.198-RS, e nº 1.370.899-SP, e Recurso Extraordinário nº 573232. Irrazoabilidade. Feito que deve prosseguir na origem.

Efeitos da sentença e foro da ação. O poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio.

Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade de comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte.

Custas iniciais. Necessidade de recolhimento.

Acesso ao Sumário

Possibilidade de diferimento nos termos do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não possui rol taxativo. Entendimento majoritário desta Câmara.

Prescrição da execução individual. O prazo prescricional para execução individual em Ação Civil Pública é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença.

Título executivo judicial. Execução lastreada em sentença condenatória genérica proferida em Ação Civil Pública que transitou em julgado. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento, bastando a apresentação de simples cálculos aritméticos para a apuração do valor devido, nos termos dispostos no art. 475-B do CPC.

Juros remuneratórios. Cabimento. Necessidade de plena recomposição do saldo em caderneta de poupança. Cômputo à razão de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento.

Correção monetária. Atualização devida para preservação do valor intrínseco da moeda. Utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até efetivo pagamento.

Juros moratórios. Cabimento. Ainda que existam divergências sobre o termo inicial dos juros moratórios, esta Câmara entende que são devidos a partir da citação da execução individual. Incidência, de forma simples, da citação do Banco-executado na fase de cumprimento de sentença até efetivo pagamento.

Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária. Possibilidade. A jurisprudência dominante desta Corte permite a cumulação de juros remuneratórios, moratórios e correção monetária pela Tabela Prática.

Liquidação do débito. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento. Mero cálculo aritmético, nos termos do art. 475-B do CPC, cujo rito garante celeridade ao trâmite desta fase processual.

Inexistência de complexidade na apuração do débito.

Honorários advocatícios. Verba devida em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco. Apresentação de impugnação que caracteriza verdadeiro contraditório. Ainda que a impugnação seja parcialmente acolhida, a verba honorária deve ser arbitrada em favor do poupador, no importe de 10% sobre o proveito econômico por ele obtido.

Valor incontroverso da condenação. Caberá ao MM. Juízo a quo determinar o levantamento do valor incontroverso, a pedido do poupador, oportunamente.

Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto nos autos de Ação Civil Pública, em fase de execução do julgado, contra a r. decisão interlocutória que acolheu em parte a impugnação ao cumprimento de sentença.

Insurge-se o Banco executado, pugnando pela reforma do r. *Decisum*. Em suas razões recursais, argumenta, especialmente, excesso de execução.

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em sede de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública, ajuizada em 1993 pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em face de Nossa Caixa Nosso Banco S/A (incorporado pelo Banco do Brasil), que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (nº 0403263-60.1993.8.26.0053), por meio da qual foi reconhecido o direito dos clientes bancários a valores não creditados corretamente em suas cadernetas de poupança, referente ao Plano Verão, com efeito *erga omnes*, transitada em julgado em março de 2011.

A r. decisão passada em julgado na ação principal de conhecimento condenou o Banco ao pagamento da diferença não creditada às cadernetas de poupança com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989, quando da edição do Plano Verão, adotando o índice de 42,72% (Recurso Especial nº 323.191-SP). E, dessa forma, deduzindo-se o índice efetivamente aplicado à época, o poupador faz jus ao recebimento da diferença de 20,3609%, observada a fórmula matemática para cálculo de porcentagem.

Acesso ao Sumário

Antes de adentrar ao mérito do recurso, cumpre timbrar que a cadeira ora ocupada por este Desembargador nesta 17ª Câmara de Direito Privado está preventa para apreciar todos os recursos vinculados à mencionada Ação Civil Pública, decorrentes do cumprimento da sentença e respectivas habilitações

dos clientes do Nossa Caixa Nosso Banco S/A, que mantinham saldo em conta poupança nesta instituição financeira à época da edição do Plano Verão, em janeiro de 1989.

As habilitações para o cumprimento da sentença podem ser propostas no foro do domicílio do poupador e, portanto, estão sendo apreciadas por Magistrados de 1º Grau de praticamente todas as Comarcas desta Corte Bandeirante, a culminar com diversificadas decisões, ante o entendimento concebido por vários Juízes acerca de questões processuais atinentes à ação coletiva em referência, o que ora se pacificará, com vistas a não se eternizar os conflitos.

Nesta toada, esta Câmara adotou a Resolução nº 549/2011 deste Tribunal de Justiça, a fim de julgar virtualmente os recursos manejados pelas partes. Referido julgamento visa conferir celeridade à tramitação recursal, bem como observar o princípio constitucional da razoável duração do processo, haja vista a quantidade expressiva de recursos pendentes de apreciação por este Tribunal de Justiça. Tal julgamento, com maior razão, se faz premente a esta Turma Julgadora, tendo em conta a prevenção da cadeira hoje ocupada por este Relator, a atrair todos os agravos de instrumento concernentes à Ação Civil Pública em tela.

Esta Câmara já apreciou milhares de recursos oriundos daquela Ação Civil Pública, e deverá analisar outros tantos, daí porque, após exaustivamente sopesar as mais variadas teses ventiladas pelos litigantes (respeitados todos os entendimentos sustentados em sentido contrário), força convir pela necessidade desta Câmara consignar seu posicionamento em torno das temáticas que emergem dos variados agravos de instrumento interpostos.

Esta dinâmica também tem por escopo evitar a perpetuação dos litígios travados entre os Bancos e os poupadores, tendo em vista que esta ação coletiva objetiva a tutela de interesses individuais homogêneos, razão pela qual imprescindível a maior unanimidade possível no julgamento dos inúmeros cumprimentos de sentença.

Suspensão do andamento da execução

Comportam reforma as decisões de 1º Grau que determinaram a suspensão do andamento dos feitos em razão da pendência de julgamento do **Recurso Especial nº 1.391.198-RS**. O referido REsp foi julgado em 13/08/2014 e o v. Acórdão, que negou-lhe provimento, foi publicado em 02/09/2014, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA N.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9 pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

2. Recurso especial não provido."

Diante disso, os feitos suspensos em decorrência do REsp nº 1.391.198-RS devem prosseguir.

Com relação ao **Recurso Especial nº 1.370.899-SP**, que versa sobre o termo inicial para o cômputo dos juros moratórios nas ações de cumprimento de sentença, a suspensão determinada atinge apenas os Recursos Especiais que estejam em processamento nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais, não afetando os feitos que tramitam em primeira instância e pendem de decisão final.

No que concerne ao **Recurso Extraordinário nº 573232**, em que foi reconhecida a existência de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, nas ações propostas por entidades associativas, apenas os associados que tenham outorgado autorização expressa para sua propositura poderiam executar o título judicial.

De qualquer forma, naquele processo não se cuida de relação de consumo e sim de interesse de membros do Ministério Público em relação à gratificação eleitoral.

Contudo, para a pacificação do tema, esta C. Câmara adota o entendimento esposado pelo Desembargador Carlos Alberto Lopes, integrante da 18ª Câmara de Direito Privado, afastando a suspensão. Para o Ilustre Julgador, a posição do Pretório Excelso "*diz respeito aos casos em que a entidade associativa,*

Acesso ao Sumário

ajuizadora da ação civil pública, visa proteger interesses exclusivos dos seus filiados, conforme disposto no artigo 2º-A da Lei 9.494/97, o que não ocorre no caso concreto" (Agravo de Instrumento nº 2130795-75.2014.8.26.00/50000).

O posicionamento do Voto do Ministro Teori Zavascki no RE nº 573.232, afasta completamente a aplicação do precedente em casos como aqueles tratados na ação coletiva que ora se executa, pois esta se refere a direito individual homogêneo derivado de relação de consumo, como já referido anteriormente.

Além do mais, naquela ação, a exigência de lista decorre de circunstância particular prevista na Lei nº 9.494/97, que exige, para demandas coletivas propostas contra a União, relação nominal dos servidores beneficiados.

Com efeito, os interesses invocados no indigitado recurso extraordinário dizem respeito a uma determinada categoria. No caso ora analisado, os interesses são genéricos, envolvendo, portanto, todos os consumidores.

A sentença proferida em ações coletivas no âmbito do Direito do Consumidor alcança todos aqueles que se amoldem aos fatos articulados na petição inicial, beneficiando-se do direito conferido pelo título executivo judicial. Ou seja, seus efeitos são *erga omnes*, de modo a abranger toda a coletividade.

O artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor trata de interesses de origem comum, divisíveis, mas aos quais o legislador destacou possuir caráter coletivo, evitando-se a multiplicidade de demandas idênticas.

Os direitos individuais homogêneos representam efetivamente direitos coletivos e, na hipótese vertente dos autos, legalmente ajustáveis à noção jurídica de consumo.

Do exposto, este Relator entende incabível a suspensão das execuções do julgado, haja vista o decidido nos recursos antes referidos, inferindo-se daí que os consumidores não filiados à entidade autora estão legitimados para habilitar-se na fase de cumprimento de sentença.

Efeitos da sentença e foro da ação

A jurisprudência já consolidou o posicionamento de que o poupador pode ajuizar a execução individual no foro de seu domicílio.

Em caso assemelhado (REsp nº 1.243.887-PR, julgado em 19/10/2011), a Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> "*DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS*

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC.)

1.2 A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."

Não socorre o Banco a alegação de incompetência decorrente do limite territorial da sentença, visto que no E. STJ consolidou-se o posicionamento de que "*a sentença proferida em ação civil pública versando direitos individuais homogêneos em relação consumerista faz coisa julgada erga omnes, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores [e] os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos (...)*" (AgRg no REsp nº 1094116/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.05.13).

Além disso, o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública combinado com o art. 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor autorizam ao poupador o cumprimento da sentença coletiva em seu domicílio.

Desta feita, os Juízos *a quo* são competentes para apreciar e julgar as habilitações manejadas pelo consumidor na respectiva Comarca de seu domicílio.

Acesso ao Sumário

Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa

Como já consignado em tópico anterior, para propor a execução individual da sentença, desnecessária a comprovação de filiação do poupador ao IDEC, conforme jurisprudência dominante no E. Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.

Neste sentido, o AgRg no REsp nº 641.066/PR (Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/09/2004, DJ 04/10/2004): "*Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na ação civil pública, despicienda se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente*

da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Precedentes. Agravo no recurso especial desprovido".

Compartilha-se do entendimento de que os poupadores possuem legitimidade ativa para o cumprimento da sentença, pois "*As associações a que se refere o art. 82, IV, do CDC têm legitimidade para pleitear em juízo em favor de quantos se encontrem na situação alcançada por seus fins institucionais, ainda que não sejam associados*" (Grifo nosso - STJ-RT 784/188).

Não se ignora que a coisa julgada em análise tutela direitos individuais homogêneos de todos os poupadores, os quais, via de consequência, ostentam legitimidade para o cumprimento da sentença.

De mais a mais, o r. julgado exequendo não precisou os indivíduos que se valeriam da condenação, motivo pelo qual, se na ação de conhecimento os poupadores não foram individualizados, não cabe agora, ao órgão julgador do cumprimento da sentença, fazê-lo.

Desta forma, conclui-se pela desnecessidade da prova de vínculo do consumidor com o IDEC.

Custas iniciais

Em que pese a existência de entendimentos divergentes a respeito da necessidade de recolhimento de custas iniciais, esta Câmara entende que não existe isenção em sede de execução individual do julgado.

O recolhimento será feito ao final do cumprimento da sentença, à razão de 1% sobre o valor do débito, observados os patamares mínimo e máximo, consoante previsão do artigo 4º, inciso III, e § 6º, da Lei nº 11.608/2003 combinado com artigo 18 da Lei Federal nº 7.347/85.

Na espécie, revela-se adequado conceder o diferimento das custas para o fim desta fase processual, nos termos do artigo 5º, da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não possui rol taxativo, de forma a possibilitar amplo acesso à Justiça.

Consigne-se que este entendimento não é unânime nesta C. Câmara, divergindo neste tocante o Eminente Desembargador Souza Lopes, por entender que, na hipótese, "*não há causa nova, apenas se executa sentença coletiva e, por ser oriunda de Ação Civil Pública, inadmissível a cobrança de custas por expressa disposição legal*", conforme voto vencido proferido nos Agravos de Instrumento nºs 0067686-58.2013.8.26.0000 e 0156576-07.2012.8.26.0000, ficando o Ilustre Julgador, *data venia*, vencido em todos os processos em que esta questão é discutida.

Dessa forma, em sede de cumprimento da sentença proferida na Ação Civil Pública em referência, correto o recolhimento de custas, que fica diferido para o final da execução, cabendo, então, ao vencido no cumprimento de sentença arcar com esse pagamento, ressalvados os casos

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

de gratuidade processual que deverão ser oportunamente apreciados em 1º Grau.

<u>Prescrição da execução individual</u>

O prazo prescricional em relação às ações de cobrança de expurgos inflacionários não creditados e de juros remuneratórios é de 20 (vinte) anos, e não atinge os efeitos da coisa julgada na Ação Civil Pública, eis que a citação naquela demanda (proposta no ano de 1993) interrompeu a contagem do prazo.

Registre-se, ainda, que o prazo prescricional para execução individual em Ação Civil Pública é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença. Neste sentido: REsp nº 1.273.643/PR, julgado em 27/02/2013, Relator Ministro Sidnei Benetti.

Ante o exposto, conclui-se pela não ocorrência da prescrição.

<u>Título executivo judicial</u>

A execução está amparada em sentença condenatória genérica proferida em Ação Civil Pública que transitou em julgado, por intermédio da qual houve a fixação da responsabilidade do Banco pelos danos causados, cujo cálculo há de ser feito em momento posterior pelos interessados, isto é, na presente fase processual.

De início, destaque-se que ao exequente fica dispensada a certidão de trânsito em julgado, bastando apenas a apresentação da certidão de objeto e pé da ação principal de conhecimento.

Sublinhe-se que as teses de inadequação da via eleita e necessidade de prévia liquidação do julgado não comportam acolhimento.

A sentença da Ação Civil Pública foi genérica nos moldes do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Afora isto, o prazo de 15 dias do art. 475-J do CPC para pagamento do débito, sobretudo no caso de sentença coletiva, iniciar-se-á a partir da intimação do devedor, conforme entendimento jurisprudencial:

> "*Cumprimento de sentença - Aplicação da multa do art. 475-J do CPC - Prazo que se conta da intimação do valor devido Interpretação conjunta com o art. 475-B do CPC - Recurso provido.*" (TJSP - AI nº 2059817-73.2014.8.26.00, Rel. Souza Lopes, j. 18.07.2014, V.U.)

> *"(...) 1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.247.150/PR, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC, firmou entendimento segundo o qual, no âmbito da ação civil coletiva, não é cabível a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC porque a condenação, nesses casos, 'não se reveste da liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC'. (....)"* (STJ - AgRg no AREsp nº 333184/PR, Min. Eliana Calmon, DJe 17/09/2013)

Acesso ao Sumário

Caso o débito em discussão seja levantado nesta ação coletiva, eventual ação individual ajuizada pelo poupador perde o seu objeto. A recíproca é verdadeira.

Em arremate, a prévia garantia do Juízo é requisito indispensável à apresentação e processamento da impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do artigo 475-J, § 1º, do Diploma Processual Civil. Ressalte-se que é desnecessária a lavratura de termo de penhora e consequente intimação, após a realização do depósito judicial do valor exequendo (penhora automática), para que tenha início o prazo para apresentação de impugnação.

Correta, portanto, a adoção da via escolhida pelo poupador para obtenção de seu crédito.

Juros remuneratórios

Os poupadores têm direito de receber os juros remuneratórios (contratuais da poupança) pela diferença de correção monetária que não lhes foi paga pelas instituições financeiras, à época do plano econômico indicado. Os juros remuneratórios são necessários à plena recomposição do saldo em caderneta de poupança, e devem ser computados nos termos da avença celebrada (contrato de depósito), à razão de 0,5% ao mês, capitalizados, desde fevereiro de 1989, quando o crédito correto deixou de ser efetuado pelo Banco.

Sendo assim, aplicam-se os juros remuneratórios (0,5% ao mês), de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento.

Correção monetária

Remansosa nesta Corte a aplicação a Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para correção dos débitos relativos aos expurgos inflacionários causados nas cadernetas de poupança em decorrência dos planos econômicos, já que elaborada para a atualização monetária de débitos vencidos, não pagos e previamente calculados para fins de cobrança por via judicial.

Trata-se de matéria de ordem pública, passível de aplicação de ofício pelo Magistrado.

Neste passo, o termo inicial de sua contagem, ante o inadimplemento contratual, é desde a data em que a obrigação pactuada deixou de ser paga, ou seja, fevereiro de 1989.

Registre-se que não se está a calcular a remuneração exata da caderneta, mas a impor condenação ao pagamento daquilo que não foi satisfeito na época própria, com vistas à preservação do valor intrínseco da moeda face aos efeitos corrosivos da inflação.

Neste sentido, exímia decisão de lavra do Desembargador José Cardoso Neto que, em caso semelhante, bem solucionou a questão, em relação à

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

obrigatoriedade da aplicação da Tabela Prática deste Tribunal, para correção dos valores relativos aos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança:

"Também não se acolhe a alegação de inaplicabilidade da tabela prática referida: com efeito, incide ela sobre débitos judiciais. Assim, o banco há de arcar com o posicionamento por ele mesmo escolhido de sujeitar-se à presente demanda. E se ele banco não cumpriu o contratado, não pode agora pretender aplicação de índices na forma contratada. A ninguém é lícito alegar a própria torpeza.

A aplicação de lei posterior ao fato gerador da cobrança aqui postulada não tem lugar por ferir ato jurídico perfeito, subsistindo sim a mora do banco, ao contrário do quanto alegado por ele. E não se perca de vista que a correção monetária não é pena ou 'plus'. Representa sim mera reposição do valor aquisitivo da moeda." (AC nº 1.316.354-7, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 15.9.2005, v.u.)

Destarte, para fins de atualização monetária, aplicam-se os índices previstos na Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até efetivo pagamento.

Juros moratórios

Ainda que existam divergências sobre o termo inicial dos juros moratórios, esta Câmara entende que são devidos a partir da citação da execução individual.

Nesse sentido, a decisão proferida no AgRG no Recurso Especial nº 1.348.512-DF, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012, cuja ementa registrou:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POUPANÇA. EXPURGOS. INDENIZAÇÃO POR LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUROS MORATÓRIOS. MORA EX PERSONA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar facilitação a tutela dos diretos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus diretos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas par apuração do quantum debeatur, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina 'liquidação imprópria'.

3. Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil e 397 do Código Civil, na

Acesso ao Sumário

hipótese, a mora verifica-se com a citação do devedor, realizada na fase de liquidação de sentença, e não a partir de sua citação na ação civil pública.

4. Agravo regimental que se nega provimento.”

O artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), em sua parte final, dispõe: “*(...) Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês*”.

Assim, o percentual dos juros de mora é de 1% ao mês, após a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002.

Em qualquer situação de mora, seja resultante de delito, obrigação líquida ou ilíquida, os juros de mora são contados apenas a partir da citação.

Da simples leitura do artigo 405 do Código Civil de 2002, não resta dúvida de que a citação é o termo *a quo* para o cômputo dos juros moratórios:

“Art. 405: Contam-se os juros de mora desde a citação inicial”

Portanto, os juros moratórios, calculados de forma simples, incidirão desde a citação do Banco-executado na fase de cumprimento de sentença até efetivo pagamento.

Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária

Consigne-se que os juros remuneratórios, mais a correção monetária, ambos desde a data em que a obrigação pactuada deixou de ser paga em fevereiro de 1989, mais juros moratórios, a partir da citação na fase da execução individual do julgado, não é o caso de *bis in idem*, se aplicados cumulativamente com os índices próprios.

Neste sentido:

“A jurisprudência do STJ já assentou o entendimento de que é possível a cumulação, na hipótese, dos juros remuneratórios com os juros moratórios.

Cita-se nesse sentido:

Comercial. Cédula de crédito comercial. Juros moratórios e remuneratórios. Cumulação. Possibilidade.

I - Os juros remuneratórios incidem até o efetivo pagamento da dívida mesmo que cumulem com juros moratórios e a correção monetária.” (Grifo nosso - STJ, REsp nº 721.484/PR; REsp nº 2005/0009470-5, Decisão Monocrática Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.10.2005)

Assim, os juros remuneratórios são devidos cumulativamente com a correção monetária, devendo ser calculados desde o inadimplemento contratual, ressalvando-se que juros moratórios são devidos somente a partir da citação em sede de cumprimento da sentença.

No tocante à cumulação em tela, cumpre trazer à colação v. Acórdão de

Acesso ao Sumário

Relatoria do Culto Desembargador Roberto Mac Cracken, que reformou a r. sentença proferida em ação de cobrança para condenar instituição financeira a pagar ao poupador os valores "*das diferenças considerando as variações do IPC de fevereiro de 1989, (Aplicação do IPC de 42,72% - descontando-se os valores eventualmente já creditados) tais diferenças serão corrigidas pela Tabela Prática do E. TJSP, mais juros contratuais de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, e, juros moratórios em 1% ao mês a partir da citação*" (Apelação nº 9167844-07.2009.8.26.0000, 37ª Câmara de Direito Privado, julgada em 16/12/2009).

Em igual sentido:

"(...) CORREÇÃO MONETÁRIA - Caderneta de Poupança - Janeiro/89 - Plano Verão - Índice inflacionário como parâmetro da atualização monetária - Direito adquirido reconhecido - Índice pretendido (42,72%) que se apresenta em consonância com o entendimento jurisprudencial - Recurso improvido.

JUROS - Remuneratórios - Contrato de poupança - Incidência a partir do vencimento na forma capitalizada e no índice de 0,5% ao mês - Cumulação com correção monetária que é devida - Recurso improvido.

CORREÇÃO MONETÁRIA - Atualização do débito pelos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça - Admissibilidade - Índice que reflete escorreita atualização do capital de acordo com índices oficiais e deve incidir desde a data do pagamento a menor - Recurso improvido.

JUROS - Moratórios - Contrato de poupança - Contrato de poupança - Incidência a partir da citação - índice de 1% ao mês correto, nos termos do art. 406 CC/02 c.c.161, §1° CTN - Recurso improvido." (Apelação nº 0115338-29.2008.8.26.0006, 23ª Câmara de Direito Privado, Relator J. B. Franco de Godói, j. 19/05/2010)

Em síntese, a jurisprudência cristalizou entendimento no sentido da possibilidade de cumulação dos juros remuneratórios com os moratórios, como também com a correção monetária.

Liquidação do débito

Não há necessidade de prévia liquidação por artigos ou arbitramento, uma vez que a espécie desafia a realização de mero cálculo aritmético para apuração do valor devido, a teor do art. 475-B do Código de Processo Civil, repelindo-se, pois, a aplicação do art. 475-E do mesmo diploma legal.

O procedimento do citado art. 475-B torna a tutela jurisdicional mais efetiva, cuidando-se de mecanismo que confere celeridade ao trâmite processual, bem como sua aplicação não traduz qualquer prejuízo ao executado, para quem a Lei Processual oportuniza o manejo de impugnação ao cumprimento de sentença, a fim de possibilitar a apreciação de suas teses defensivas.

Conforme ensina o Nobre Desembargador Paulo Pastore, integrante

Acesso ao Sumário

desta 17ª Câmara de Direito Público: "*Com efeito, conquanto seja ilíquida a sentença proferida na ação civil coletiva, não há regramento legal que imponha exclusivamente a liquidação por artigos no tocante, vislumbrando-se possível a liquidação por simples cálculos.*" (Agravo de Instrumento nº 0217683-86.2011.8.26.0000, julgado em 14/03/2012).

Em assim sendo, não se cogita da liquidação por artigos ou arbitramento, bastando a confecção de simples cálculos aritméticos para verificação do débito.

Ressalte-se, ainda, a ausência de dificuldade em sua elaboração, bem como a disponibilização de diversos sítios eletrônicos na rede internacional de computadores (*internet*) para tanto.

E as situações pontuais de gritante discrepância entre os cálculos das partes serão decididas casuisticamente.

Por fim, caberá ao poupador trazer com seu pedido de habilitação para o cumprimento da sentença os extratos bancários do período do Plano Verão, bem como, em consequência, o respectivo cálculo da condenação. Caso o exequente não obtenha os referidos extratos na via administrativa, cumprirá ao executado sua pronta exibição, haja vista que lhe recai o dever de guarda de tais documentos.

A este propósito, o STJ pacificou a questão em sede de recurso repetitivo:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) - AÇÃO DE COBRANÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS BRESSER E VERÃO - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA NÃO-OCORRÊNCIA - EXIBIÇÃO DOS EXTRATOS BANCÁRIOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DA CORRENTISTA - POSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE LEI - CONDICIONAMENTO OU RECUSA - INADMISSIBILIDADE - RESSALVA - DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS MÍNIMOS DA EXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO - INCUMBÊNCIA DO AUTOR (ART. 333, I, DO CPC) - ART. 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 21/STJ - NO CASO CONCRETO, RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(...)

II - A obrigação da instituição financeira de exibir os extratos bancários necessários à comprovação das alegações do correntista decore de lei, já que se trata de relação jurídica tutelada pelas normas do Código do Consumidor, de integração contratual compulsória, não podendo ser objeto de recusa nem de condicionantes, em face do princípio da boa-fé objetiva;

IV - Para fins do disposto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, é cabível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários,

Acesso ao Sumário

enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista e a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir os documentos, com a ressalva de que ao correntista, autor da ação, incumbe a demonstração da plausibilidade da relação jurídica alegada, com indícios mínimos capazes de comprovar a existência da contratação, devendo, ainda, especificar, de modo preciso, os períodos em que pretenda ver exibidos os extratos; (...)" (REsp nº 13872/PB, Segunda Seção, Rel. Ministro Massami Uyeda, j. 14.12.2011)

"(...) conforme a Resolução 2.078/94 do BACEN, a instituição financeira é obrigada a manter os papéis em seu poder durante certo período e, independentemente de qual seja este tempo, a eliminação desses documentos correrá por conta e risco, pois talvez necessite deles em determinadas situações como, por exemplo, nas relações de consumo quando o ônus da prova poderá ser seu." (AgRg no AREsp nº 435889/SP, Quarta Turma, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 24.04.2014).

E esta Câmara assim já vinha decidindo, no sentido de que cabe ao Banco alegar e comprovar questões quanto à inexistência de conta, titularidade, saldo nos períodos das diferenças postuladas, retiradas de valores, encerramento da conta etc. (AI nº 2039185-60.2013.8.26.0000, Rel. Afonso Bráz, j. 27.02.2014, V.U.)

Deste modo, os cálculos serão feitos pelas próprias partes, face à inexistência de complexidade em sua realização, carreando-se ao Banco o ônus da exibição dos documentos pertinentes a cada caso.

Honorários advocatícios

Os honorários de advogado são devidos em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco.

Isso porque nos casos em que haja impugnação ao cumprimento de sentença há verdadeiro contraditório, situação que comporta a imposição do ônus ao final do litígio.

Acesso ao Sumário

Destarte, a instituição financeira deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios nas execuções em que o poupador seja comprovadamente credor, após regular julgamento da impugnação ao cumprimento de sentença.

Nesta senda, não discrepa esta C. Câmara:

"(...) incabível a fixação automática de novos honorários de advogado no início da fase de cumprimento da sentença, ressaltando-se seu cabimento apenas em caso de eventual impugnação." (AI nº 0217683-86.2011.8.26.0000, Rel. Paulo Pastore)

Ainda que a impugnação apresentada pela instituição financeira seja parcialmente acolhida, nos casos de divergência de forma de cálculo do crédito

da conta poupança, a verba honorária deve ser arbitrada em favor do poupador, fixando-se, com serenidade, em 10% sobre o proveito econômico por ele obtido.

Cabe registrar, porém, que tal quantia de 10% aqui deferida deve ser computada uma única vez, como decorrência da fase de cumprimento de sentença, afastando-se, pois, a cobrança de honorários de advogado com fundamento na fase de conhecimento, uma vez que o causídico não atuou naquela ação civil pública que deu ensejo ao título executivo judicial ora executado.

Desta feita, cabível o arbitramento de honorários de advogado em execução de sentença, sendo razoável a fixação de 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Valor incontroverso da condenação

Nas hipóteses em que a discussão dos litigantes estiver restrita ao valor devido ao poupador, caberá ao MM. Juízo *a quo* determinar o levantamento do valor incontroverso, a pedido do poupador, oportunamente.

Prequestionamento da matéria

Consideram-se prequestionados todos os temas e artigos de lei ora abordados, a fim de viabilizar à parte interessada a interposição dos recursos extremos, e de modo particular os seguintes dispositivos: artigo 5º, *caput* e incisos XXI e LIV, da CF; artigos 81, parágrafo único, III, 82, IV, 95 e 97, da Lei nº 8.078/90; artigo 5º da Lei nº 7.347/85; artigo 2º-A, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.494/97; artigo 189 do Código Civil; artigos 20, *caput* e § 4º, e 475-L, IV, 475-B, 475-E, 475-J e 475-N, do CPC.

Parte dispositiva da presente decisão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2017849-29.2015.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é agravante AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A, é agravada AURILANDIA MOREIRA MACIEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38351)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente), ITAMAR GAINO e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 26 de março de 2015.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: MULTA COMINATÓRIA. Cabimento para dar efetividade no cumprimento da concessão da tutela antecipada. Agravo não provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento respondido por meio da qual quer ver o agravante reformada a r. decisão de primeiro grau que determinou que o banco se abstenha de inscrever o nome da ora agravada em cadastro de inadimplentes até o deslinde da ação, sob pena de multa diária. Insurge-se a instituição financeira contra a multa cominatória imposta, eis que inexiste resistência do Banco ao cumprimento da liminar.

É o relatório.

Ingressou a agravada em face da agravante com ação de indenização por dano moral e dano material com pedido de antecipação de tutela. A tutela antecipada foi concedida nos seguintes termos: *"(...). Em havendo discussão judicial do débito, não se justifica a inserção nos órgãos de restrição. Defiro, pois, a antecipação de tutela para suspensão do apontamento do autor de seus registros, até o deslinde da ação, bem como para que o nome da parte autora não seja inserida junto aos órgãos de crédito ou, caso as restrições já tenham sido efetivadas, para que sejam providenciadas as respectivas baixas, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de R$100,00 (cem reais)"*. Insurge-se a instituição financeira contra a multa cominatória.

Leciona LUIZ GUILHERME MARINONI:

"Se o princípio da efetividade, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, garante o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, ele também garante, como diz a melhor doutrina italiana, o direito às modalidades executivas adequadas a cada situação conflitiva concreta. Assim - se a execução da tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano não tem efetividade mediante a via expropriatória, deve ser admitida, inclusive para que seja observada a Constituição Federal, a tutela antecipatória de soma por meio da imposição de multa.

Não é preciso que o legislados tenha deferido ao juiz, expressamente, a possibilidade de usar a multa para efetivar a tutela antecipatória. A possibilidade do seu uso decorre do fato de que a outorga de meios para que esse poder possa ser concretizado.(...)" (LUIZ GUILHERME MARINONI. A Antecipação da tutela. 8ª edição. 2004. Editora Malheiros. pág. 268/9).

Acesso ao Sumário

Contrariamente ao que quer fazer crer o agravante, a multa imposta não tem por finalidade o enriquecimento sem causa da parte contrária. Sua finalidade, como dito, é a de impor o cumprimento de determinação judicial.

Conforme dispõe o § 6º do art. 461 do CPC: *"O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva."* No entanto, não se faz necessária a adoção da medida nesta fase recursal, porquanto o valor arbitrado mostra-se suficiente a exercer essa função inibitória.

Neste sentido: *"A multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva. O dispositivo indica que o valor da astreinte não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade (...). (STJ-3ªT., REsp 705.914, rel. Min. Gomes de Barros, j. 15.12.05, negaram provimento, v.u., DJU 6.3.06, p. 378)"* (THEOTÔNIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, nota 1 ao art. 475-J, p. 563).

No mais, a multa fixada pelo Juízo de primeira instância tem por finalidade a efetivação do provimento mandamental, ou seja, conduzir o obrigado a optar por cumprir espontaneamente o preceito judicial mediante atos próprios. Tal imposição dá coercibilidade à determinação do douto Magistrado, motivo pelo qual não há que ser modificada.

É bom que se diga: não dever ter medo de multa aquele que cumpre as decisões judiciais, como está obrigado. Cumprida, dessa forma, a decisão, enquanto se discute a legalidade e a regularidade da medida adotada pela instituição financeira, nenhum prejuízo terá o agravante.

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2038909-58.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JOÃO ANTÔNIO LIAN e SUMATRA COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., são agravados CAMARGO CORRÊA S/A e PARTICIPAÇÕES MORRO VERMELHO S/A.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, e para o fim determinado, é que deram provimento ao recurso.", de

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.150)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Sociedade anônima. Caução prevista no art. 264, § 1º, "b", da LSA, que visa garantir o pagamento das custas e honorários advocatícios em caso de improcedência da ação. Valor que não pode inviabilizar o exercício do direito de ação. Parâmetro a ser utilizado que não se atrela ao valor da causa, visto que os honorários serão fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC. Redução para R$ 200.000,00 que se mostra adequada. Recurso provido para tanto.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, na ação de responsabilidade civil contra sociedade controladora, fixou o valor da caução em R$ 500.000,00, sustentando o autor, em suma, que o intuito do legislador, quando prescreveu a necessidade da prestação da caução a acionistas que detenham menos de 5% do capital social da companhia, foi evitar aventuras judiciais. No entanto, afirma que a caução não poderá ser de valor capaz de cercear o direito de acesso ao Poder Judiciário, bem como que não tem condições de arcar com a caução de meio milhão de reais.

Este é o relatório.

O recurso, com a devida vênia, merece provimento.

O digno Magistrado de primeiro grau recebeu o aditamento da inicial para que o valor da causa passasse a ser de R$ 4.650.000,00, fixando a caução em R$ 500.000,00, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, IV, do CPC).

É certo que a prestação de caução na ação de responsabilidade civil ajuizada por qualquer acionista contra controlador de sociedade anônima pela prática de abuso de poder ou ato violador da lei configura condição de procedibilidade, conforme preceitua o art. 246, § 1º, b, da Lei nº 6.404./76 (*"§ 1º - A ação para haver reparação cabe: b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente."*).

Acesso ao Sumário

Ocorre que, embora a caução se destine a impedir o ajuizamento de lides temerárias, seu valor deve ser fixado em montante que não inviabilize o exercício do direito de ação, sob pena de violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Este é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça, conforme ementa colacionada pelo agravante: *"CAUÇÃO - Sociedade anônima - Reparação de dano material - Decisão pela qual, em seqüência a acórdão a consubstanciar provimento de recurso outro da espécie interposto pela ora recorrida para elevar o valor da causa relativa à ação promovida pela ora recorrente, se determinou a essa autora que, em dez dias, depositasse caução para os fins do artigo 246, §1°, "b", da Lei 6.404/1976 - Admissibilidade em parte - Necessidade dessa caução, pois condição de procedibilidade, conforme esse dispositivo - Contudo, fixação dessa caução em cinco por cento do correspondente à quantidade de ativos da agravante - Atendimento à garantia constitucional referente ao acesso ao Poder Judiciário - Coibição a eventual propositura de ação judicial temerária - Recurso parcialmente provido."* (Agravo de Instrumento nº 9050580-37.2007.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Encinas Manfré, 20.12.2007).

Ademais, é bom lembrar que a caução visa garantir o pagamento das custas e honorários advocatícios em caso de improcedência da ação, o que afasta o valor da causa como parâmetro, já que, nesta hipótese, não haverá condenação e os honorários serão fixados com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

No caso, a caução fixada na r. decisão agravada equivale a cerca de 10% do valor da causa, o que se revela exacerbado e pode, sem necessidade, impedir os minoritários ao devido acesso ao Poder Judiciário. Mais adequado e razoável, portanto, reduzi-la para R$ 200.000,00, de modo a ser razoável para o fim a que se destina e preservar a garantia constitucional.

Para tanto é o provimento do recurso.

Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2200402-78.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAST ENGENHARIA E MONTAGENS S/A, é agravado ECO X MADEIRAS E COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO EIRELI EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.865)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. VENDA E COMPRA DE CHAPAS DE COMPENSADO. Perícia realizada visando a constatação de inadequação de placas de compensado. Fixação de honorários definitivos em valor que se apresenta acima do aplicável à espécie. Parcimônia que deve ser observada para não desmerecer o D. Auxiliar da Justiça, mas, tampouco, impor ônus excessivo a parte. A estimação apresentada, ainda que com esmero, deve ser ajustada para melhor retratar o trabalho realizado. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **FAST ENGENHARIA E MONTAGENS S/A** contra a r. decisão proferida nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas movida contra **ECO X MADEIRAS E COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO EIRELI EPP**, que fixou os honorários periciais definitivos em R$ 14.750,00 (catorze mil setecentos e cinquenta reais).

Sustentou, em síntese, que o valor fixado não condiz com o trabalho realizado pelo perito para elaboração do laudo; que no cálculo dos seus honorários o perito incluiu quatro horas de estudo dos autos e mais vinte horas de pesquisa, análise e estudo dos documentos (itens “a” e “c” de fls. 131), contudo acredita-se que houve sobreposição de horas, uma vez que os autos contavam com menos de cento e vinte páginas, à época, que não tomam tanto tempo de leitura; que não se mostra razoável a inclusão de vinte horas de pesquisa e estudo de referências normativas relacionadas ao objeto da perícia; que não se espera que o profissional gaste vinte horas estudando um assunto do qual se acredita que já tenha pleno domínio, até para que possa exercer a função de perito; que os honorários periciais definitivos devem ser reduzidos e fixados, no máximo, em R$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando cinco horas de estudo do caso.

Acesso ao Sumário

Às fls. 464/465 foi deferido o efeito suspensivo, determinando-se a intimação da agravada.

Não foi apresentada contraminuta, bem como não houve manifestação das partes quanto ao julgamento virtual.

É o relatório.

Os honorários periciais não podem ser fixados com parâmetros estimados unilateralmente, mas sim com a exata dimensão da realidade que se apresenta para a consecução do laudo, vale dizer, deve levar em consideração o trabalho desenvolvido, o grau de complexidade, o tempo demandado, a necessidade de deslocamentos, a natureza e o conhecimento do ***expert***, a qualidade e o alcance da perícia e o benefício econômico pretendido com a demanda.

Nesse passo, sem desmerecer o D. Auxiliar da Justiça, a sua remuneração deve ser compatível com o serviço que desempenha, sem impor aos litigantes um ônus que se aperfeiçoe como excessivo.

Sob essa alheta, há que se estabelecer o equilíbrio entre o valor dos honorários e o trabalho realizado, sem violação aos direitos dos que demandam e o perito.

Não obstante a qualidade do trabalho apresentado - laudo de fls. 135/205 -, os honorários do perito devem ser arbitrados com modicidade, na medida em que exerce ***munus*** público, razão pela qual o valor arbitrado deve ser reduzido, parecendo razoável que sejam fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), valor sugerido pela agravante, quantia que remunera com dignidade o zeloso perito, sem onerar em demasia as partes, se levado em consideração o valor já depositado a título de honorários provisórios (fls. 111).

Ante ao exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para reduzir os honorários definitivos para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2221145-12.2014.8.26.0000, da Comarca de Cruzeiro, em que é agravante ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S/A, são agravados RAQUEL JUREMA DA SILVA e RICARDO DE CASTRO SILVA.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitada a preliminar, deram parcial provimento ao recurso, nos termos explicitados. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.490)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO

Acesso ao Sumário

RIGOLIN (Presidente) e ARMANDO TOLEDO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - REPARAÇÃO DE DANOS - AÇÃO REGRESSIVA - INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHA CONTRADITADA, CONDUTORA DO VEÍCULO SEGURADO - DEFERIMENTO PARA QUE SEU DEPOIMENTO SEJA COLHIDO NA CONDIÇÃO DE INFORMANTE (ART. 405, § 4º, DO CPC) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Sendo a testemunha arrolada a condutora do veículo segurado, nos autos de ação regressiva fundada em reparação de danos por acidente de veículo, vê-se que, se cabível o vislumbre acerca de eventual interesse na demanda, por outro lado, estando ligada diretamente ao acidente e sendo necessário o esclarecimento acerca da dinâmica do sinistro, justifica-se a suspeição da testemunha nos termos do art. 405, § 3º, IV, do CPC, mas, à luz do § 4º do mesmo artigo, deve ser tal depoimento colhido na condição de informante.

VOTO

Inconformada com a r. decisão que deferiu a contradita da testemunha por ser a condutora do veículo segurado, nos autos de ação regressiva fundada em reparação de danos por acidente de veículo ajuizada em face de **RAQUEL JUREMA DA SILVA** e **RICARDO DE CASTRO SILVA**, agrava por instrumento a autora **ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S/A** almejando a reforma do *decisum*.

Acesso ao Sumário

Sustenta, em síntese, que a testemunha não pode ser considerada como suspeita por não ter qualquer interesse na procedência da ação, além do fato de que, na qualidade de condutora do veículo segurado no momento do acidente, iria corroborar com a formação do conjunto probatório e descrever a dinâmica dos fatos. Aduz que incabível o entendimento de que poderia a testemunha ter interesse na lide em caso de ação regressiva consequente à improcedência da presente ação, vez que a seguradora não cobra de seus segurados, salvo o valor da contratação e o da franquia, qualquer quantia gasta para reparar o veículo, havendo seu direito à indenização securitária em caso de sinistro, até porque a ação regressiva é ajuizada apenas contra o terceiro que deu causa ao acidente,

tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

Foi concedido o efeito suspensivo pleiteado (fls. 118), sobrevindo as informações da d. autoridade *a quo*, que manteve a r. decisão agravada (fls. 123/124). Houve, ainda, oferta de contraminuta, com preliminar de não conhecimento em razão da ocorrência de preclusão consumativa (fls. 127/128).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso para lhe dar parcial provimento nos termos abaixo.

De proêmio, em relação à preliminar de não conhecimento recursal levantada na contraminuta, é de se ver que, conquanto disponha o art. 523, § 3º, do CPC, que das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, "**devendo ser interposto oral e imediatamente**", no presente caso tal disposição legal deve ser relativizada, primeiro porque não se trata o presente recurso de agravo retido, e sim por instrumento, e depois porque há que se aferir, conjuntamente, o disposto no art. 522 do CPC, especialmente se o conteúdo decisório é capaz de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

In casu, vê-se que, sopesando as peculiaridades do caso concreto, a eventual ausência do depoimento da testemunha, objeto do presente recurso, poderá sim se enquadrar na aludida hipótese do art. 522 do CPC, eis que claramente tal testemunho, voltado à descrição da dinâmica do acidente de trânsito, é capaz de influenciar quando da apreciação do mérito.

A respeito da matéria *sub judice*, confira-se a nota 24 ao art. 523, da obra "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", de Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca (43ª edição, Ed. Saraiva, pág. 673):

> *"O § 3º deve ser interpretado em conjunto com o art. 522. Decisão 'suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação' tomada em audiência de instrução e julgamento escapa da imposição do § 3º e se encaixa na ressalva do art. 522, sendo recorrível por agravo de instrumento, único mecanismo apto a debelar o dano iminente".*

Quanto ao mais, em relação à testemunha contraditada, Valéria Aparecida dos Santos Ribeiro, incontroverso que ela foi a condutora do veículo segurado e, por tal condição, foi arrolada pela autora, ora agravante, com o fim de esclarecer a dinâmica dos fatos envolvendo o sinistro que deu ensejo ao ajuizamento da ação regressiva fundada em reparação de danos por acidente de veículo.

Nesse aspecto, sendo a testemunha arrolada a condutora do veículo segurado, vê-se que, por estar ligada diretamente ao acidente, é de se reputar como necessário o esclarecimento acerca da dinâmica do sinistro.

De outra parte, na condição de condutora do veículo e não tendo sido de todo esclarecidas as causas do acidente, cabível o vislumbre acerca de eventual

interesse na demanda por parte da condutora do veículo segurado, eis que ligada diretamente ao acidente, justificando-se a suspeição da testemunha nos termos do art. 405, § 3º, IV, do CPC.

Ademais, o parágrafo 4º do sobredito art. 405 do CPC autoriza que o juiz, em caráter de excepcionalidade, tome o depoimento da testemunha suspeita como informante, uma vez que é ele o destinatário da prova.

Nesse sentido:

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - OITIVA DE TESTEMUNHA IMPEDIDA OU SUSPEITA COMO INFORMANTE - ART. 405, § 4º, DO CPC.*** *Ao juiz, como destinatário da prova, cabe verificar a necessidade de oitiva de testemunha necessária ao deslinde do feito - Decisão mantida - Recurso não provido*" (AI nº 634.598-4/0-00, 5ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 20.05.2009).

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE INDEFERE OITIVA DE TESTEMUNHA CONSIDERADA SUSPEITA - ART. 405, § 3º, II, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - OITIVA APENAS COMO INFORMANTE - CRITÉRIO DE LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ - ARTS 130, 131 E 405, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO NÃO PROVIDO***" (AI nº 1.230.813-0/7, 27ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 19.05.09).

Logo, sopesados os elementos postos na lide, é de se considerar como relevante o depoimento a ser dado por Valéria Aparecida dos Santos Ribeiro, mas devendo ser colhido na condição de informante.

Posto isto, rejeitada a preliminar, dou parcial provimento ao recurso para o fim acima declinado.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2011678-56.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FLIMS PROPAGANDA LTDA., é agravada ANA PAULA GUIMARÃES DE AZEVEDO JUNQUEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.383)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 2 de março de 2015.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - Interposição contra decisão monocrática da Relatora que deu provimento a agravo de instrumento - Admissibilidade, conforme previsão do art. 557, § 1º-A, do CPC - Ação de execução de título extrajudicial - Penhora e posterior pedido de reforço - Constrição que recaiu sobre sapatos usados e bolsas de propriedade da devedora - Inadmissibilidade - Desprestigio ao princípio da utilidade da execução - Bens penhorados que não se afiguram úteis na hipótese, sem que se frustre a finalidade mesmo dessa penhora - Anulação da penhora e revogação do reforço que é de rigor - Processo, ademais, que não pode ser utilizado levianamente, com escopo de dar vazão aos caprichos e "vendetas" lançados pelas partes, em detrimento da precípua finalidade do Poder Judiciário - Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo regimental tirado por Flims Propaganda Ltda., contra a r. decisão monocrática digitalizada às fls. 274/277, que nos autos da ação de execução de título extrajudicial que ajuizou contra Ana Paula Guimarães de Azevedo Junqueira, deu provimento, com observação, ao agravo de instrumento ajuizado por esta última, para anular a primeira penhora, realizada em 05.12.2014 e revogar a determinação de reforço, devolvendo-se os bens à agravante (ora agravada).

Sustenta a recorrente que a r. decisão agravada representa violação ao devido processo legal, cerceamento de defesa, bem como ofensa a princípios basilares de direito e normas processuais vigentes relativas ao processo de execução, não se prestando ao julgamento monocrático, nos termos do Art. 557, § 1-A, do CPC, sem a intimação da parte contrária para a resposta.

Aduz não ser possível a anulação da penhora realizada em 15.12.2014, em

Acesso ao Sumário

face da ocorrência de preclusão temporal; que os sapatos e bolsas penhorados se afiguram bens úteis e de elevado valor no mercado, capazes, sim, de garantir o pagamento do *quantum debeatur* e, ainda, que a devedora se encontraria "blindada" por empresas internacionais, tanto que interpôs Embargos de Terceiros em nome de Anai Holding Participações Ltda., por ocasião da pretérita penhora de móveis e obras de artes, na mesma residência.

2. Não obstante os argumentos da agravante, era mesmo caso de provimento do recurso, porque, como deixei registrado em minha decisão: "Verifica-se do recurso que, em 05.12.2014, foram penhorados '29 pares de sapatos femininos usados de diversas marcas e 20 bolsas de diversas marcas', de propriedade da agravante, todas de marcas mundialmente conhecidas e em bom estado, bens que foram removidos da residência da agravante e transferidos ao patrono da gravada, depositário nomeado (cf. Auto de Penhora e Depósito, às fls. 253). Posteriormente, em 19.01.2015, alegando ter identificado bolsas 'falsas' dentre as que foram penhoradas, requereu a agravada o reforço de penhora, o que foi deferido pelo d. Magistrado de primeiro grau, às fls. 18. Desta decisão recorre a agravante, postulando não só a revogação do 'reforço da penhora', como também a nulidade da primeira penhora realizada em 05.12.2014, com a devolução de todos os bens apreendidos e que se encontram em depósito com o patrono da agravada, aduzindo irregularidades no auto de penhora (fls. 253), que não teria declinado a descrição dos bens penhorados com seus característicos (CPC, art. 665, III); ausência de avaliação dos bens removidos e ausência de intimação pessoal. E, no que diz com o reforço da penhora, tal medida teria sido deferida ante a genérica alegação da agravada de ter identificado 'bolsas falsas' dentre as penhoradas, destituída de qualquer substrato probatório e, ainda, sem qualquer avaliação capaz de aferir qual o valor total dos bens já penhorados. O recurso comporta provimento. Não obstante os argumentos apontados pela agravante, compulsando os autos verifica-se desprestígio ao princípio da utilidade da execução, de forma a assegurar a satisfação do crédito em tempo célere (construído a partir dos arts. 577, 579, 599, 600 e 601 do CPC), segundo o qual o Estado-juiz pode adotar providências, ainda que de ofício, a fim de criar condições de satisfação do direito do credor e, ao mesmo tempo, reprimir atos que, de alguma forma, busquem frustrar o objetivo do procedimento executivo (cfr. Cassio Scarpinella Bueno, em 'Curso Sistematizado de Direito Processual Civil', vol. 3, Ed. Saraiva, 2008, pág. 24). Com efeito, não se vislumbra útil na hipótese em que persegue a exequente crédito no valor de R$ 117.872,74 (fls. 219), a penhora de 'sapatos e bolsas usadas', sem que se frustre a finalidade mesmo dessa penhora, exceto no que diz ao constrangimento e debate desnecessários, pois os bens como os que constam no auto de penhora - 29 pares de sapatos USADOS e bolsas - apenas poderão ter valia em algum brechó que eventualmente os adquira e, ainda, há controvérsias

Acesso ao Sumário

quanto à origem e o estado atual dos referidos bens, demandando diligências que absorverão, talvez, o próprio valor alcançado, em afronta ao art. 659, § 2º, do CPC, segundo o qual '*Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução*'. Desta feita, entendo que a liberação é medida a seguir, podendo eventualmente a exequente penhorar bens outros, tais como mobiliários da residência da agravada (CPC, art. 659, § 3º), eis que a devedora não indica espontaneamente (CPC, art. 591); aliás, como já ocorrera outrora (fls. 203/207), em que foram penhoradas, neste mesmo processo, obras de arte, pequenos armários, espelho de parede, ornamentos de porcelana e outros objetos pertencentes à agravante. De outro lado, advirta-se, a conduta adotada pela executada gera temeridade e como tal permite que o juiz, facultado pelos arts. 599 e 600, do CPC, aplique a penalidade à devedora, agravando ainda mais a situação em debate. Por fim, anota-se, o processo não pode ser utilizado levianamente, com o escopo de dar vazão aos caprichos e 'vendettas' lançados pelas partes, em detrimento da precípua finalidade do Poder Judiciário de efetiva prestação jurisdicional.".

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040384-51.2013.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ARMANDO DE JESUS ALVES e NATALIA MARIA POSSACOS ALVES, é apelada GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14/23704)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e MARY GRÜN.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Plano de saúde - Reajustes das contraprestações pecuniárias de plano de saúde - Embora os planos de saúde coletivos não se submetam aos índices autorizados pela ANS, eventual aumento deverá ser comprovado minuciosamente, de forma clara para o consumidor - Comprovação por meio de planilha de que o repasse é justo - Reajuste de mensalidades em razão de mudança da faixa etária do segurado-idoso - Vedação - Cláusula abusiva e, portanto, nula - O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo - Súmula nº 91 da Subseção de Direito Privado 1 desta Corte - Jurisprudência dominante do STJ - Correta determinação de ressarcimento simples dos valores pagos a maior - Verba honorária - Redução - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou procedente Ação Revisional de Contrato para declarar a abusividade da cláusula definidora do reajuste pela migração da faixa etária.

Os autores ajuizaram a presente ação em razão da abusividade dos reajustes aplicados pela ré com base em sinistralidade e aumento de faixa etária, em desacordo com a legislação pertinente.

O d. Juiz *a quo* julgou a ação procedente para: "*... declarar a abusividade do reajuste pelo aumento de sinistralidade sem a necessária demonstração do desequilíbrio contratual e declarar a abusividade da cláusula definidora do reajuste pela migração de faixa etária e, em consequência, readequar o valor das mensalidades para o importe de R$ 1.738,25, em julho de 2013 (valor obtido pela aplicação do reajuste de 9,04%), tornando definitiva a tutela antecipada concedida.*"

Acesso ao Sumário

Apela a ré, alegando em síntese, que a sentença é *ultra petita*, vez que os Autores não discutiram o reajuste por mudança de faixa etária. Afirma que há dois tipos de reajustes: o reajuste anual e o reajuste segundo a mudança de faixa etária, havendo legalidade no reajuste anual praticado. Afirma que o cálculo da mensalidade atende a uma apuração técnica e científica efetuada por

meio de tabelas atuariais que, se modificados, poderão ocasionar desequilíbrio contratual. Acrescenta que se trata de plano de saúde com natureza jurídica totalmente diversa dos planos de saúde comercializados no mercado, por isso não se aplica ao caso os reajustes autorizados pela ANS. Diz ainda que é impossível a restituição dos valores cobrados eis que a cobrança está amparada em cláusula contratual. Por fim, pede a fixação dos honorários por equidade.

Recurso recebido e respondido.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

A princípio anoto que ao contrário do afirmado pela Apelante os Apelados se insurgem também com relação ao reajuste por mudança de faixa etária (fls. 4).

Trata-se de contrato de natureza coletiva, que é regido por regras diferentes daquelas aplicáveis àqueles individuais, ainda que se reconheça que a ambos se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

No caso dos autos a ação vem fundada em abusividade do reajuste aplicado em julho de 2013.

É certo que o contrato coletivo de plano de saúde não se submete unicamente ao índice de reajuste divulgado pela agência reguladora (ANS), bem como que o contrato foi celebrado livremente entre as partes e dele consta cláusula que dispõe sobre os reajustes por mudança de faixa etária e reajustes anuais a serem aplicados.

42.0 - O preço estipulado na data de início de vigência do contrato será aquele estabelecido na tabela de preços da CONTRATADA para a faixa etária em que se enquadrar o beneficiário, de acordo com o disposto a seguir:

43.0 - As faixas etárias de que trata este contrato são as seguintes:

- de 0 a 55 anos;

- de 56 a 60 anos;

- de 61 a 70 anos;

- de 71 a 75 anos;

- de 76 a 80 anos;

- acima de 80 anos.

(...)

45.0 - O reajuste dos preços será mensal e terá por base a variação dos custos médico-hospitalares (variação dos honorários médicos, diárias e taxas hospitalares, medicamentos, salários e despesas gerais da CONTRATADA), verificada com base em fórmula aprovada pela autoridade competente.

Acesso ao Sumário

45.0.1 - Caso a aplicação continuada do índice de reajuste, apurado conforme Cláusula 45.0, provoque déficit técnico nas operações do contrato, será cobrado do beneficiário um adicional de sinistralidade visando restabelecer a relação de equilíbrio custo/receita.

Analiso primeiro o reajuste em razão da mudança de faixa etária.

O coautor Armando completou 60 anos em 11/04/2004 (fls. 14) e a coautora Natalia completou 60 anos em 02/03/2002, sendo certo que as partes firmaram contrato de plano de saúde coletivo em 1996.

Ora, recentemente editada, dispõe a Súmula nº 91 desta Primeira Seção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "*Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária*".

E é no mesmo sentido a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conforme seguintes precedentes representativos da controvérsia:

"***(...) PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. PRECEDENTES (...)***

1. Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária. Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (...)

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AgRg no REsp nº 533.539/RS, rel. min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 23/02/2010 - grifei).

"***(...) Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação.***

- <u>O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado</u>, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

- <u>Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente</u>.

Acesso ao Sumário

- Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.

*- **O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.***

- Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária - de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso.

***- Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária**; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.*

Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 989.380/RN, relª. minª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 06/11/2008 - grifei).

Ou seja, a Lei nº 9.656/1998 autoriza as operadoras a que procedam à variação "*das contraprestações pecuniárias (...), em razão da idade do consumidor*", contanto que prevista "*no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS*" (art. 15).

Contudo, a Lei nº 10.741/2003 ("Estatuto do Idoso") veio, posteriormente, a vedar "*a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade*" (art. 13, § 3º), o que, na prática, segundo a já transcrita interpretação jurisprudencial, significa a proibição de reajuste de mensalidade exclusivamente pelo perfazimento de 60 (sessenta) anos.

Em outras palavras, o Estatuto do Idoso proibiu que se pudesse continuar a estabelecer, para fins de aumento da prestação, faixa etária que se iniciasse com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos - quando se alcança a situação jurídica de idoso definida pela art. 1º do referido diploma e protegida pelo art. 230 da Constituição da República.

Assim, eventuais cláusulas que permitiam a mudança de faixa etária - e respectiva majoração da mensalidade - aos 60 (sessenta) anos só produziram seus efeitos futuros até a entrada em vigência da lei nº 10.741/2003, em 1º de janeiro de 2004.

Nessa linha, a partir de tal data, o preceito contido no § 3º do art. 13 da Lei nº 10.741/2003, passou a ser fundamento jurídico para a nulificação

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

superveniente das aludidas cláusulas em dissonância com a disposição legal.

Assim, correta a determinação de devolução simples dos valores pagos a maior a partir de julho de 2013, como bem constou da sentença.

Com relação ao reajuste anual é entendimento deste Tribunal que deve ser devidamente comprovado.

Assim, deve haver demonstração detalhada de que o reajuste anual está em conformidade com o previsto na cláusula 45.0 e 45.0.1 (levando em consideração o coeficiente de honorários).

In casu, o Apelante afirma que o aumento da mensalidade se deu em razão do aumento do custeio do plano (equilíbrio contratual).

Como dito, a agência reguladora trata os contratos coletivos de forma diversa dos contratos individuais e confere maior proteção a estes.

Os contratos coletivos, porque reconhece a possibilidade de negociação direta da contratante que é, em regra, empresa não vulnerável ou hipossuficiente em relação à operadora, de forma que a ANS apenas faz, nesses casos, um acompanhamento para coibir abusos.

Contratos coletivos devem ser negociados pelas partes, não existe limite de aumento pela ANS. O que há é que o plano de saúde deve comprovar **por meio de planilha de custo que o repasse é justo**, tal demonstração deve ser feita com clareza de modo que o consumidor entenda.

Daí porque não há intervenção da agência reguladora na contratação e gestão dos planos coletivos que, de qualquer forma, têm a proteção geral do Código de Defesa do Consumidor contra o aumento unilateral de preços (art. 51).

No caso dos autos, o reajuste foi aplicado de forma unilateral, sem qualquer comprovação de estar amparado nos critérios claramente determinados no contrato, nem explicação detalhada, acompanhada de planilha clara e das justificativas apresentadas.

Destarte, como se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor, pode se exigir a demonstração transparente dos cálculos de forma que a parte contratante possa identificar e conferir os elementos considerados, para que se faça o controle da própria onerosidade (previsível ou excessiva) a permitir ao consumidor o exercício do direito de questionamento e revisão.

Acesso ao Sumário

Eventual comunicado de reajuste deve estar acompanhado de comprovação a fim de demonstrar o necessário equilíbrio contratual.

Cabia a Apelante ter demonstrado a necessidade de aplicação dos reajustes em detalhes, vez que o consumidor tem direito a ampla informação das motivações dos aumentos, sob pena de onerar os beneficiários injustificadamente.

Destarte, ausente comprovação dos reajustes há que se considerar abusivos

e determinar a devolução dos valores pagos a maior (acima do autorizado pela ANS), como bem constou da sentença.

No tocante à verba honorária entendo que o pleito merece provimento.

É certo que a atividade do profissional não pode ser aviltada, devendo a verba honorária remunerar condignamente o trabalho do patrono dos Autores.

Porém, o percentual fixado na origem pelo d. Magistrado “a quo” não se encontra de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão por que, é de rigor a sua redução.

Deste modo, considerando-se que a ação tramitou por pouco tempo, aproximadamente 7 meses e demandou pouca atuação do advogado, em atenção ao artigo 20, § 3º, alíneas *a*, *b* e *c*, reduzo a verba honorária fixada em sentença para condenar a Ré ao pagamento de R$ 1.500,00 a título de honorários advocatícios.

Isto posto, **dou parcial provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0150648-03.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO BRETAGNE, é apelado/apelante LEIDE CONSUELO QUEREZA MOREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18542)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO COMINATÓRIA. Condomínio edilício. Pretensão de condômina para que seja autorizado o uso da sala de ginástica por sua empregada. Sentença de procedência em parte para autorizar o uso da área comum, com rejeição do pedido de compensação por danos morais. Verba honorária arbitrada em desfavor do réu no valor de R$ 3.000,00.

Acesso ao Sumário

Apela o réu sustentando não ser extensiva aos empregados dos condôminos a utilização das áreas comuns; subsidiariamente, pela sucumbência recíproca ou redução da verba honorária.

Apela a autora pela condenação do adverso por danos morais.

Cabimento do principal e prejudicado o adesivo.

Utilização de área comum. Direito do condomínio e de compossuidor. Empregado doméstico. Residência no imóvel subordinada a contrato de trabalho. Inexistência de vinculação possessória. Residir no imóvel, por força de contrato de trabalho não é compossuidor, mas sim detentora ou fâmula da posse. Impossibilidade de usufruir de forma impositiva da sala de ginástica do condomínio. Inteligência do parágrafo único do art. 1.314 e 1.335, II, do CC.

Recurso provido para julgar improcedente a ação e prejudicado o adesivo. Ficam invertidos os ônus da sucumbência.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas em face da sentença de f. 424/426, que julgou procedente em parte ação cominatória proposta por Leide Consuelo Quereza Moreira contra Condomínio Edifício Bretagne, para reconhecer o direito da autora a autorizar Ivania Soares da Silva a utilizar-se da sala de ginástica do condomínio réu, enquanto residir no apartamento da autora, sob pena de multa diária de R$ 500,00, tornando definitiva a tutela antecipada concedida. Restou rejeitado o pedido de indenização por danos morais. A sucumbência foi atribuída ao réu, com verba honorária arbitrada em R$ 3.000,00.

Inconformada, apela a autora (f. 472/486), sustentando: (i) a pessoa indicada pela autora é sua cuidadora; (ii) o direito de condôminos e moradores de utilizarem as áreas comuns do condomínio não é extensivo aos empregados domésticos; (iii) subsidiariamente, pugna pela imposição de sucumbência recíproca ou redução da verba honorária.

Inconformada, apela adesivamente a autora (f. 513/520), pugnando pela condenação em danos morais, porque a conduta do réu "*causa repulsa, indignação e desconforto que superam em muito os meros dissabores cotidianos*".

Recursos recebidos e respondidos (f. 499/509 e 536/540).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O apelo principal procede, restando prejudicado o adesivo.

A lide versa sobre o direito ao uso de sala de ginástica do condomínio réu por pessoa cuidadora da autora-condômina, que também reside no apartamento.

Consta no art. 5º, II, da Convenção de Condomínio ser direito dos condôminos "*usar e gozar das partes comuns do Edifício desde que não impeça idêntico direito por parte dos demais condôminos, com as mesmas restrições da alínea anterior*" (f. 196).

Silvio Rodrigues preleciona que "*a natureza jurídica das partes comuns é a do condomínio tradicional*". E ao tratar especificamente sobre a copropriedade afirma que a "*coisa comum deve ser usada de acordo com o seu destino e com a sua natureza, vedadas, portanto, ao condômino sem anuência dos demais não apenas as modificações que alterem a substância da coisa, como as que mudem a maneira como ela é tradicionalmente explorada (CC, art. 1.314, parágrafo único)*." (Curso de Direito Civil, Direito das Coisas, V. 5, 28ª ed., p. 197 e 223).

O parágrafo único do art. 1.314 do CC dispõe que "*nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros*".

O art. 1.335, II, do CC, ao tratar especificamente do condomínio edilício, dispõe ser direito dos condôminos "*usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores*".

Quanto à sala de ginástica o Regimento Interno do condomínio dispõe no item 25.5: "*O condomínio recomenda que todos os condôminos e moradores, antes de utilizarem a sala de ginástica, se submetam à avaliação médica por profissionais habilitados, para certificar-se da ausência de quaisquer problemas de saúde que restrinjam ou impeçam a prática de exercícios físicos*" (f. 226/227).

O termo "morador", apesar da sua generalidade e atecnia, não pode ser interpretado além da expressão jurídica compossuidor.

Quem reside no imóvel por força de contrato de trabalho não é compossuidor, mas sim detentora da posse ou fâmula da posse, porque a presença no apartamento está subordinada à sua condição de empregado, ainda que tenha sido construída com o passar do tempo uma relação também de afeto com o empregador.

Apenas o condômino ou quem ostenta vinculação possessória com o imóvel pode usufruir das áreas comuns. Não há como interpretar de forma mais abrangente, uma vez que a Convenção de Condomínio já delimita em prol do condômino esse direito.

Descabe interpretar norma do regulamento interno como se fosse mais extensiva do que dispositivo presente na Convenção ou mesmo de artigo estabelecido no Código Civil.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

A empregada, portanto, não faz jus ao uso impositivo da sala de ginástica, ainda que tenha sido autorizada pela condômina autora.

Diante desse cenário, resta prejudicado o recurso adesivo, que postulava pela fixação de indenização por danos morais.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso principal para julgar improcedente a ação e **julga-se** prejudicado o adesivo. Ficam invertidos os ônus da sucumbência.

Jurisprudência - Direito Privado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000016-15.2013.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante L.P.R.C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado INSTITUTO EDUCACIONAL ITAPEVA S/C LTDA. (COLÉGIO ITAPEVA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.548)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), EGIDIO GIACOIA e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2015.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Suposta recusa de matrícula em estabelecimento de ensino em razão de a aluna ser portadora de necessidades especiais. Escola, no entanto, que não exibia condições para o acolhimento de aluno nas condições da autora. Inexistência de indicativo de que a recusa foi motivada por preconceito. Matrícula, outrossim, sequer efetivada, não abrindo campo para a alegação de eventual frustação de expectativa por parte das autoras. Improcedência da ação mantida. APELO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1- Ação de indenização por danos morais julgada improcedente pela r. sentença de fls. 94v./95, proferida pelo MM. Juiz de Direito Júlio da Silva

Branchini e de relatório adotado.

Apelam as autoras. Pretendem, pelas razões expostas às fls. 104/125, a inversão do julgado, acolhendo-se a pretensão indenizatória deduzida na inicial.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 130/133.

A Dra. Promotora de Justiça opinou pelo provimento do apelo (fls. 148).

Pela reforma da sentença foi o parecer da Douta Procuradoria (fls. 153/154).

É o RELATÓRIO.

2- Anote-se, de saída, que a demanda não buscava assegurar vaga à autora L. na instituição educacional requerida, consoante cogitado pela Douta Procuradoria (fls. 154), já que a pretensão está contida apenas na reparação por danos morais (fls. 12, b).

Preserva-se, no mais, a improcedência da ação.

A apelante L. é portadora de paralisia cerebral, necessitando de cadeira de rodas e cuidados especiais (fls. 34).

Nas referidas condições, a escola que irá abrigá-la deve exibir condições para o atendimento das suas necessidades.

Embora a ré tenha recusado a matrícula de L. pela ausência de vaga (fls. 27), ao que tudo indica a negativa derivou de outro motivo: a escola não estava preparada para o atendimento das necessidades da aluna. É o que se extraí do teor do depoimento da testemunha Walquiria, sendo que as autoras, neste ponto, não se desincumbiram de comprovar o contrário, ou seja, de que a escola reunia condições para o acolhimento (art. 333, I, CPC).

Assim, não prevalece a assertiva de que a recusa foi motivada pela circunstância de que a aluna L. é portadora de necessidades especiais. Foi a falta de estrutura da requerida para o atendimento dessas necessidades, pelo que se extraí da prova oral, ensejou a falta de acolhimento da aluna.

Consigne-se, por necessário, que a matrícula da autora não chegou a ser formalmente efetivada. Não há que se falar, portanto, em qualquer frustração de expectativa.

De outra parte, se a ré não se aparelhou para o recebimento de alunos com necessidades especiais, notadamente com restrições motoras, a questão deve ser resolvida em outra seara; nesta ação, postulou-se apenas indenização por danos morais, sem pedido no sentido de compelir a requerida a realizar a matrícula da autora.

A recusa de matrícula, em suma, derivou exclusivamente da falta de estrutura da escola para receber uma aluna portadora de necessidades especiais, inexistindo, ainda que de maneira tênue, qualquer indicativo de que a negativa teve como lastro uma atitude preconceituosa por parte da requerida.

Bem decretada a improcedência da ação.

NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002240-25.2014.8.26.0081, da Comarca de Pilar do Sul, em que é apelante CAUIÁ DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S/A, é apelado EDVALDO GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.156)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Morte de semovente em pastagem - Queda de fio de alta tensão da rede de transmissão de energia elétrica - Responsabilidade inafastável da concessionária, a quem incumbia vistoriar a conservação dos postes com a finalidade de prestar adequadamente o serviço contratado, independente da propriedade da rede elétrica - Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF, e igualmente decorrente do CDC - Falha na manutenção que deriva culpa na modalidade negligência - Nexo causal entre o evento e o dano comprovado - Indenização por dano material devida - Manutenção do valor compatível com a rês perdida, não desprovido de razoabilidade - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação (fls. 74/75) tempestivamente interposto por Caiuá Distribuição de Energia S/A, contra a r. sentença de fls. 65/67, cujo

relatório se adota, que julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar ao autor o valor de R$ 1.417,00 a título de dano material, acrescido de correção monetária a contar da distribuição e juros de mora a contar da citação, carreando-lhe ainda os ônus da sucumbência e verba honorária fixada em 15% sobre o valor da condenação.

Busca a reforma da sentença que considera, em síntese, contrária à prova dos autos e legislação aplicável à espécie.

Tem como inarredável o fato de que a rede elétrica que ocasionou a morte do animal é de propriedade particular do autor, porquanto não houve concessão ou doação para a concessionária.

Sustenta que se dano existiu, este é de inteira responsabilidade do proprietário que custeou a rede elétrica, salientando o reparo realizado pela concessionária foi em razão de engano, ao não se atentar tratar-se de rede particular. Assevera que a realização do reparo não retira a responsabilidade do consumidor, uma vez que o serviço foi feito por mera liberalidade.

Considera ausente o nexo de causalidade à inexistência de qualquer ato lesivo da concessionária e defende a excludente de culpabilidade na conformidade do art. 14 do CDC, por negligência e omissão exclusiva do consumidor.

Assim, postula a reforma da r. sentença na sua integralidade para afastar a hipótese de enriquecimento ilícito, impondo-se a improcedência do pedido. Subsidiariamente, pleiteia a redução da condenação por considerar exagerado o valor arbitrado (fls. 76/81).

Recebido o recurso em seus regulares efeitos (fls. 91), em contrarrazões postulou-se o seu desprovimento (fls. 93/95). Oportunizada a manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição.

É o relatório.

Reside o cerne da controvérsia na responsabilidade da concessionária pelo acidente que ocasionou a morte de uma rês de propriedade do apelado, ocorrida devido à queda de um fio de alta tensão, na quebra de uma cruzeta em estado de má conservação.

Não colhe a defesa da ré. Na qualidade de pessoa jurídica prestadora de serviços públicos, responde a concessionária objetivamente pelos danos causados a terceiros por deficiência nos serviços prestados, nos termos do art. 37, § 6º, da CF[1].

Ainda que não fosse assim, possui responsabilidade objetiva também derivada da relação de consumo (art. 17 do CDC).

Nesse compasso, interfere na questão da responsabilidade, a discussão acerca da propriedade da rede elétrica.

1 STF, ARE nº 716672/RS, Ag.Reg no Recurso Extraordinário com agravo, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.12.2012.

A concessionária de energia elétrica não pode se omitir pela ocorrência de dano potencial na distribuição de eletricidade. Competia-lhe diligenciar a manutenção e conservação da rede elétrica para perfeito fornecimento do produto, sem riscos de acidentes, a ser evitados exatamente pela extensão dos danos potenciais e previsíveis no caso de acidentes com eletricidade. Logo, se lhe incumbia uma ação preventiva em razão do perigo inerente da distribuição de energia elétrica, ou de danos por falhas no fornecimento, a queda de fiação devido à má conservação dos postes retira toda a adequação na prestação do serviço.

Mera adoção de vistorias da rede de transmissão evitaria acidentes e dissabores.

Inafastável, pois, a legitimidade da apelante para responder pelos prejuízos experimentados pelo réu. Repise-se: a responsabilidade pela manutenção das linhas de transmissão e pela adequada prestação do serviço é da concessionária prestadora de serviços. Eventual concorrência de culpa do autor não a isenta dessa responsabilidade, posto que ao delegar-lhe a conservação dos meios para transmissão assumiu os riscos de realizar o serviço com deficiência, ou suportar prejuízo decorrentes de acidentes.

Em caso análogo, no mesmo sentido já decidiu esta C. 6ª Câmara de Direito Privado:

"*INDENIZATÓRIA - Danos materiais - Procedência - Queda de poste de rede elétrica em fazenda e morte de semoventes - Negligência da ré na manutenção - Análise da prova colhida - Sentença mantida - Recurso desprovido*". (Apelação nº 3000263-13.2013.8.26.0426, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 30.10.2014).

Na mesma esteira, confira-se ainda:

"*RECURSO INOMINADO. Consumidor. Reparação de danos. Queda de poste particular de energia. Defeito na prestação do serviço. Princípio da adequação e segurança. Responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica. Dever de reparação. Indenização pelos danos materiais. Morte de bovinos. Dever de reparação. Lucros cessantes não comprovados. Recurso do réu não provido*". (TJRS, 3ª T. Recursal Cível, Recurso Inominado nº 71003927480, rel. Des. Roberto José Ludwig, j. 24.01.2013).

O C. STJ assim também já se pronunciou:

"*RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE DE ALTA PERICULOSIDADE. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSERVAÇÃO INADEQUADA DA REDE DE TRANSMISSÃO. INVERSÃO DO ÔNUS*

Acesso ao Sumário

DA PROVA. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. A empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta. 2. Os riscos decorrentes da geração e transmissão de energia elétrica, atividades realizadas em proveito da sociedade, devem, igualmente, ser repartidos por todos, ensejando, por conseguinte, a responsabilização da coletividade, na figura do Estado e de suas concessionárias, pelos danos ocasionados. 3. Não obstante amparar-se na Teoria do Risco, invocando a responsabilidade objetiva da concessionária, a instâncias ordinárias também reconheceram existência de culpa em sua conduta: a queda de fios de alta tensão era constante na região, mesmo assim a empresa não empreendeu as necessárias medidas de conservação da rede, expondo a população a risco desnecessário. (...) 7. Recurso especial não conhecido. (REsp. nº 896.568/CE, STJ, T4 - Quarta Turma, rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 19/05/2009).”

Noutro ângulo, a prova coligida demonstra indene de dúvidas que a queda do fio acabou por matar o semovente na pastagem, evidenciado, pois, o nexo causal entre o dano experimentado e a culpa da apelante, na modalidade negligência. Também o valor da rês comprovado pelo autor não restou em momento algum impugnado, e, por não se verificar ausência de razoabilidade do valor cobrado por uma cabeça de gado, deve prevalecer. Vale consignar que ao contrário do quanto defendido nas razões recursais, a condenação limita-se ao dano material, inexistindo arbitramento de danos morais. Correto o desfecho dado na sentença, de rigor a rejeição do reclamo recursal.

Ante ao exposto, **meu voto nega provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1045425-73.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante KEINY ANDRADE SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado YAHOO DO BRASIL INTERNET LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.810 - JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO

Acesso ao Sumário

GUGLIELMI (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2015.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais e patrimoniais por violação de direitos autorais - Alegada utilização sem consentimento de fotografia para sátira política - Hipótese prevista pela lei nº 9.610/98 como paródia - Uso livre da obra, sem consentimento do titular originário, desde que não cause descrédito, nem implique em mera reprodução - Requisitos atendidos no caso - Danos morais, no entanto, ocorridos pela falta de atribuição de créditos de autoria da fotografia - Indenização devida - Recurso parcialmente provido para julgar parcialmente procedente a ação.

VOTO

Ação de indenização por danos morais e patrimoniais por violação de direitos autorais julgada improcedente pela r. sentença de fls. 55/59, de relatório adotado.

Recorre o autor, forte na alegação de que a simples divulgação de obra sem atribuição de créditos gera dever de indenizar, nos termos do art. 29 da Lei nº 9.610/98.

Aduz, ainda, que a montagem feita a partir de fotografia de sua autoria prejudica seu trabalho, pois deturpa seu sentido e a desmoraliza, o que foi confessado pela apelada quando retirou a página do ar. Sustenta, por fim, que obra fotográfica não se compara a composição literária, não podendo aquela montagem ser considerada paródia.

Recurso isento de preparo, respondido (fls. 78/96).

É o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Narra o autor que, sendo fotojornalista de profissão, teve uma de suas fotografias selecionadas para compor obra de prestígio que seleciona as imagens publicadas mais marcantes do ano (fls. 16/19).

Surpreendeu-se, no entanto, com o uso indevido de sua obra pela ré, pois empregada em montagem visando sátira política (fls. 20) sem seu consentimento, tampouco lhe sendo creditada a autoria e os direitos sobre a fotografia.

Busca, então, indenização por danos materiais e morais advindos da violação de seus direitos autorais, nos termos da Lei nº 9.610/98.

A ação foi julgada improcedente, daí o recurso.

A irresignação procede apenas em parte.

Em razão do interesse social, o direito autoral tutelado pela Lei nº 9.610/98 não é ilimitado, sofrendo restrições em favor da livre expressão e liberdade de pensamento, pilares indispensáveis do Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, embora não haja quaisquer dúvidas de que a obra fotográfica do apelante goza de proteção legal, agiu com acerto a sentença na análise da obra derivada (fls. 20, montagem fotográfica feita a partir do retrato de Paulo Maluf, nela sendo beijado no rosto pela Presidente da República Dilma Rousseff), pois, quando comparada à originária (fls. 19, retrato do político Paulo Maluf), denota evidente intensão satírica, uma análise cômica e crítica do momento político vivido no país à época de sua publicação (julho de 2012).

Cuida-se, evidentemente, de paródia, atendendo satisfatoriamente aos requisitos do artigo 47, que assim dispõe: "*São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito*".

Vejamos.

Inicialmente, há que se afastar a alegação de que às obras fotográficas não se aplicaria a limitação de direitos imposta pelo dispositivo copiado.

Isso porque, "obra originária" é expressão utilizada pela norma em sentido genérico, referindo-se a qualquer das hipóteses exemplificativas do art. 7º, cuja criação seja primígena (art. 5º, VII, f).

Incluídas neste rol, constam expressamente no âmbito de proteção do direito autoral as obras fotográficas (art. 7º, VII), podendo também, por consequência, ser objeto de paródia.

A realização de críticas e sátiras por meio de imagens não é, de forma alguma, equiparar a fotografia à composição literária, até porque, na própria história da imprensa brasileira, muito se comunicou sem a utilização de palavras.

Não tem razão o apelante neste ponto, portanto, nada impedindo que sua fotografia sirva a pretensão satírica.

Superada a questão, pare que não impliquem violação ao direito autoral, têm como requisitos as paródias (I) não serem verdadeiras reproduções da obra originária e (II) nem implicarem em descrédito.

Segundo Pontes de Miranda, em análise do artigo 665, parágrafo único do CC/16[1], que traz redação análoga ao dispositivo supracitado, a primeira condição imposta pela norma impede que obra derivada seja tão somente um plágio da original, mera reprodução despida de qualquer caráter criativo e transformador.

Também é essa a lição de João Henrique da Rocha Fragoso: "*O direito de parodiar está intimamente ligado a uma certa liberdade de expressão, de*

1 Art. 665, § único, CC/16: São livres as paráfrases, que não forem verdadeira reprodução da obra original.

natureza crítica. A lei francesa (Art., L-122-r; 4.) refere-se à liberdade de se criar paródias, pastiches e caricaturas, 'observando as regras do gênero'; ou seja, repetindo o já dito, uma paródia será, sempre, uma imitação burlesca, e não uma reprodução da obra parodiada" (Direito Autoral da Antiguidade à Internet, 2009, São Paulo: Quartier Latin, pg. 328).

Ela consiste em imitação com intenção humorística, sendo defesa a cópia literal da obra.

Na hipótese em tela, a imagem utilizada pelo cartunista Alpino é montagem obtida a partir de duas diferentes fotografias, ambas retiradas de seu contexto original.

Não se trata de simples reprodução da obra originária, pois foi ressignificada com a introdução de novo elemento, além de estar sob a legenda "A seguir, cenas do próximo capítulo", no intuito de provocar reflexão.

Preenchido está, portanto, o primeiro requisito.

Em segundo lugar, a intervenção feita na obra originária não implica qualquer descrédito a ela própria, ou ao seu titular originário.

A imagem não buscou criticar o fotojornalista e seu trabalho, já que clara a sua intenção política.

Irrelevante para a verificação da ocorrência do dano o fato de tratar-se de obra premiada, já que contra ela não foi dirigida qualquer ofensa.

A deturpação do sentido do retrato do político é o próprio objetivo da imagem em debate, o que, de forma alguma, avilta a figura de seu autor, seja em sua honra, seja perante a sociedade.

A obra derivada, assim, não acarreta qualquer prejuízo econômico ou moral, que, ademais, dependia de prova da sua ocorrência, ônus do qual não se desincumbiu o autor.

E em assim sendo, "*Dispensa a lei permissão do autor da obra, porque se parte do pressuposto de se tratar de outra obra, se bem que parafrástica*" (Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo XVI, Pontes de Miranda, 4ª edição, São Paulo: RT, 1983, p. 110).

Acesso ao Sumário

Neste sentido:

"*APELAÇÃO. DIREITO AUTORAL. EXPOSIÇÃO DE FOTOGRAFIA DE AUTORIA DA PARTE AUTORA EM PERIÓDICO. REPRODUÇÃO EM FORMA DE PARÓDIA. INTUITO HUMORÍSTICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS AUTORAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DA LEI Nº. 9610/98. In casu, alega o autor que uma imagem fruto de fotografia de sua propriedade foi veiculada no jornal da ré, sem autorização e sem creditar o seu nome à obra. Analisando a exposição da fotografia no periódico, verifica-se que se trata de uma paródia,*

utilizada para satirizar um episódio ocorrido nas olimpíadas de Pequim 2008. Com fulcro no art. 47 da Lei nº. 9.610/98, a realização de paródias não consiste em violação de direitos autorais do original, desde que não configurem reprodução do original ou não implicarem em seu descrédito. Na hipótese em tela, não há que se falar em paródia abusiva. Com efeito, o intuito cômico da matéria é patente, tendo em vista estar localizada na coluna denominada 'Esporte, humor e irreverência' e ironizar a participação de um atleta brasileiro nas olimpíadas. Em segundo lugar, a exposição da imagem não configurou reprodução do original, tendo em vista a colocação da imagem do jumento ao seu lado. Por fim, não se vislumbra descrédito para a fotografia. O autor admite que a obra foi criada para ilustrar uma pessoa do povo necessitada de recursos, exatamente como na paródia efetuada pelo periódico. Desprovimento do recurso". (Apelação nº 0415440-85.2008.8.19.0001/RJ, rel. Des. Renata Machado Cotta, j. em 26.02.2014).

"*Ação indenizatória. Direitos autorais. Preliminar afastada. Cerceamento de defesa não caracterizado. Prova produzida para o convencimento do Juízo. Saneador irrecorrido. Preclusão. Inexistência de error in procedendo. Utilização de composições musicais em campanha publicitária, sem prévia autorização. Inserção com objetivo de fazer paródia utilizando as músicas como fundo. Reprodução de pequenos trechos e por poucos segundos que não caracteriza ofensa a direitos autorais. Aplicabilidade do artigo 46, VIII, da Lei n° 9.610/98. Recurso improvido*". (Apelação Cível n° 480.378-4/0 São Paulo, rel. Des. Carlos Stroppa, j. em 10.06.2008).

A utilização da fotografia para o fim crítico e cômico da paródia, era, portanto, livre, dispensável a autorização de seu titular originário, inexistindo, neste ponto, qualquer violação aos seus direitos materiais e morais de autor.

Há, no entanto, clara violação ao direito intelectual no tocante a não veiculação dos créditos de autoria da imagem.

A dispensa da autorização do titular originário para de sua obra criar outra derivada paródica não equivale, de modo algum, à dispensa a que a obra original seja devidamente creditada ao seu autor.

Nos termos do art. 24, II, da Lei de Direitos Autorais, é direito moral do titular originário ter seu nome indicado ou anunciado na utilização, por qualquer modalidade, de sua obra, disposição que se repete no caso específico da fotografia, consoante art. 79, parágrafo primeiro ("*A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor*").

Nessa esteira, "*seja na paródia, seja na paráfrase, a indicação do autor da obra original e ou da fonte, não se dispensa*" (Direito Autoral da Antiguidade

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

à Internet, 2009, São Paulo: Quartier Latin, pg. 330).

Deste modo, a violação deste direito implica em necessária indenização da lesão imaterial, sem prejuízo da obrigação de divulgação da identidade do titular da obra (art. 108).

E na imagem objeto desta lide, não houve a devida atribuição de autoria pela fotografia utilizada, fato que sequer foi repelido em contestação.

Observo, neste tocante, ser a ré Yahoo parte passiva legítima, uma vez que não se trata, no caso, de mero provedor de hospedagem de conteúdo.

Conforme acesso realizado em 12.03.2014 ao "blog do Alpino" (endereço eletrônico constante no texto original), verifica-se que a criação de tiras de humor do chargista é feita em favor do serviço "Y! Notícias", mantido pela ré, que por isso tem responsabilidade pelo conteúdo veiculado em seu domínio.

Dessa forma, verifica-se a ocorrência dos danos morais **não** pela utilização da obra originária de Keiny Andrade Silva, mas pela falta de indicação de seu nome, de forma legível, como seu titular.

E a fixação da verba, segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade Civil - 5ª edição - Forense - p.317), deve levar em consideração a punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, e colocar em mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém um meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, amenizando a amargura da ofensa.

O arbitramento deve ser feito de forma moderada e equitativa, não tendo o objetivo de provocar o enriquecimento de uns ou a ruína de outros.

Assim, fixa-se indenização de R$ 8.000,00 (oito mil reais), com correção monetária fixada a partir desta data, nos termos da Súmula 362 do STJ, e juros moratórios a partir do evento danoso por se tratar de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54 do STJ, conforme atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AgREsp nº 207.544/SP; AgRg no Resp 1.049.826/SP; REsp 1.139.612/PR; AgRg no AG 1.019.598/RJ).

Condeno a ré, ainda, a divulgar a identidade do autor, nos termos do art. 108, II e III, da Lei nº 9.610/98, sem prejuízo da publicação de errata, em destaque, tanto na página inicial do provedor Yahoo!, quanto no blog em que foi publicada a paródia, independentemente de já ter sido o conteúdo retirado do ar.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para julgar parcialmente procedente a ação.

Sucumbentes reciprocamente as partes, cada qual arcará com metade das custas e despesas processuais, compensada a verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1018833-58.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SCHAHIN ENGENHARIA S.A., é apelado RENATO OLIVEIRA MATHEUS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - Danos morais - Divulgação de vídeo na internet por consumidor insatisfeito tecendo críticas contra a fornecedora - Reclamação do réu decorrente de má prestação de serviços pela autora - Críticas ferozes que constituem desabafo legítimo, pois não desferidas de forma gratuita e nem acrescidas com fatos inverídicos - Dano moral não configurado - Indenização afastada - Improcedência da ação - Sentença confirmada - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais julgada improcedente pela r. sentença de fls. 183/185, de relatório adotado.

Apela a autora sustentando a ilicitude da veiculação dos vídeos pelo réu, diante do único propósito do réu de denegrir a imagem e o bom nome da empresa; pede o provimento do recurso (fls. 189/200).

Recurso recebido (fls. 203) e respondido (fls. 205/214).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Busca a autora a reparação de danos morais por ofensa à sua honra e à sua imagem provocada pelo réu ao veicular vídeo através do "*Youtube*" difamando o nome da empresa em face dos demais consumidores tendo, portanto cometido ato ilícito.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Considerando que tal prática feriu sua honra e dignidade consagradas pela Constituição Federal, ingressou com pedido indenizatório por danos morais.

A r. sentença de fls. 183/185 julgou improcedente a pretensão da autora por ter o réu apenas exercido o seu direito de se manifestar acerca dos bens e serviços fornecidos pela autora.

Não se ignorando a antinomia real existente entre dois fundamentais princípios constitucionais em jogo, o do respeito aos direitos de personalidade e o da garantia de liberdade de expressão e informação, nenhum deles absoluto ou de irrestrito âmbito de proteção ou inviolabilidade, a questão haveria de ser resolvida à luz dos critérios de razoabilidade, ponderação e proporcionalidade recomendados pela melhor doutrina (Gilberto Haddad Jabur, Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada, RT, 2000, págs. 320/350; Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, Atlas, 2001, págs. 63/105).

Assim, nenhum direito se apresenta absoluto sendo, portanto, ponderado diante conjunto de direitos que esteja interagindo.

No caso em análise, conforme segura prova produzida, inclusive com a juntada de cópias das telas divulgadas e do ato notarial registrado, o réu se manifestou acerca da sua insatisfação com a churrasqueira entregue e também pela má-prestação de serviços pela autora diante ausência de solução até aquele momento, propondo desafio à fornecedora para gravar o vídeo da visita (fls. 87/106).

Embora as críticas sejam ferozes, de um consumidor indignado com o alegado descaso pela fornecedora na solução do problema apontado, certo é que são decorrentes de fatos verídicos, não impugnados pela ré, críticas não gratuitas, mas em função de vínculo contratual entre as partes e com questões não resolvidas, tratando-se apenas de desabafo do réu por não ter sido atendido em sua reclamação, segundo ele, perdurando o vício por mais de dois anos.

Como bem apontado pelo i. magistrado de primeiro grau, "*o vídeo traduz mera reivindicação do réu, que já perdura por mais de dois anos e que, até agora, não foi atendida pela autora, relativa à solução de problemas em sua churrasqueira. No que tange às expressões utilizadas, embora sem dúvida fortes, encerram apenas o exercício da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, bem como o direito de crítica do consumidor em relação aos serviços e bens que lhe foram fornecidos pela autora - todos constitucionalmente garantidos -, não se prestando a difamar a empresa e muito menos a prejudica-la perante o seu público consumidor. O vídeo postado pelo réu, em suma, traz apenas fatos - que não foram contrariados pela autora - e opiniões do réu, sem qualquer atribuição de comportamento inverídico à empresa.*" (fls. 184).

Na jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, o mesmo

Acesso ao Sumário

entendimento sobre a questão:

"*INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. PUBLICAÇÃO EM PÁGINA ELETRÔNICA VOLTADA AO CONSUMIDOR QUE RETRATA INSATISFAÇÃO EM RELAÇÃO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SITE (RECLAME AQUI) QUE DISPONIBILIZA ESPAÇO AO CONSUMIDOR PARA PROMOVER A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS RELATIVOS A RELAÇÃO DE CONSUMO. INFORMAÇÕES, ENTRETANTO, RESTRITA AS OPINIÕES PESSOAIS. AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR HOSPEDEIRO, BEM COMO DE CONOTAÇÃO OFENSIVA PESSOAL. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO. EXASPERAÇÃO DA LINGUAGEM DECORRENTE DE QUEIXA LEGÍTIMA E POSTADA FULCRO EM ALERTAR OUTROS CONSUMIDORES. AÇÃO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.*" (6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1012277-71.2013.8.26.0100, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 07.11.2014, v.u.);

"*INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. Reclamação de consumidor com os serviços contratados da autora. Mensagem disponibilizada na internet, em sítio eletrônico destinado aos consumidores insatisfeitos. Inocorrência de abusos ou excessos na disseminação de opiniões pessoais do autor das mensagens. Ausência de intenção de ofender a honra. Dano moral à pessoa jurídica não vislumbrado. Ausência de prova da repercussão do fato na imagem e negócios da apelante. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.*" (4ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 0115978-36.2011.8.26.0100, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 22.08.2013, v.u.);

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. Manifestação de consumidor insatisfeito com o produto fornecido pela demandante, realizada em sítio eletrônico por ele administrado. Sociedade autora que vendeu veículo automotor com incontroversos vícios ocultos à esposa do requerido, procedendo a reparos infrutíferos. Crítica ácida do réu em desfavor da requerente antes e depois da tentativa de reparo, porém voltada principalmente ao gerente do estabelecimento comercial da autora, com quem teve o demandado desavenças. Sentença que reconheceu danos advindos das manifestações sem comprovação da subsistência de vícios no veículo após sua reparação, condenando requerido ao pagamento de indenização no importe de R$ 10.000,00, além de custas e verba honorária. Declarações que, a despeito de virulentas, não ultrapassaram o limite da crítica, patente a responsabilidade da recorrida em providenciar os reparos do veículo. Inexistente o dever de indenizar. Sentença integralmente reformada. Recurso provido.*" (6ª

Acesso ao Sumário

Câmara D. Privado, Apelação cível nº 0003112-36.2010.8.26.0451, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 06.09.2012, v.u.).

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, cumpre ressaltar que a prudente fixação em 15% sobre o valor da causa atende aos preceitos legais relativos à matéria e remunera condizentemente o trabalho do nobre patrono, estando em conformidade com as circunstâncias previstas no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, não havendo qualquer imprecisão a ser sanada neste sentido.

Assim, cumpre a manutenção da r. sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000595-43.2011.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO A ILHA PRAIA HOME RESORT, é apelado IVANILDE TORRES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18368)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pleito ajuizado por diarista em face do condomínio, sob o fundamento de que o preposto deste último a impediu de ingressar no edifício pela entrada social. Sentença de procedência, com condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada no valor de R$ 6.222.00. Inconformismo do réu. Demonstração, porém, de conduta discriminatória e ilegal. Configuração de danos morais. Quantum indenizatório, ademais, fixado de forma razoável e adequado para as

Acesso ao Sumário

peculiaridades do caso concreto. Manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Negado provimento ao recurso.

VOTO

IVANILDE TORRES DA SILVA ingressou com "ação de indenização por dano moral" contra **CONDOMÍNIO A ILHA PRAIA & HOME RESORT**, havendo sido julgada procedente (fls. 71/73 verso). O réu foi condenado a suportar os ônus da sucumbência, restando a verba honorária arbitrada em 10% do valor da condenação (R$ 6.222,00).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que não há ilegalidade ou irregularidade na existência de local destinado ao ingresso ao condomínio de prestadores de serviços. Aduz que tal controle destina-se à segurança do condomínio, pois trata-se de um condomínio com muitas unidades imobiliárias. Afirma que a autora não demonstrou que o porteiro a ofendeu. Requer, eventualmente, a redução da quantia fixada na sentença a título de indenização por danos morais (fls. 76/84).

Efetuado o preparo, o recurso foi processado e contrariado (fls. 94/97).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 101 e 103).

É O RELATÓRIO.

O recurso não é provido.

Consigne-se, à partida, que o pleito da autora-apelada, consoante a r. sentença, funda-se nos seguintes fatos: trabalha "*(...) como diarista no apartamento 142 situado no condomínio réu. Conta que em 10/01/2011, ao chegar para mais um dia de trabalho, dirigiu-se à portaria do edifício, como sempre fez, mas foi impedida, pelo porteiro, de ingressar no edifício pela entrada social. Aduz que o porteiro alegou que a autora, por ser empregada, deveria entrar pela portaria dos fundos, por determinação do síndico. Relata que além de ter sido impedida de se utilizar da entrada social, ainda lhe foi solicitado que saísse da frente para permitir a entrada de uma moradora do edifício que havia chegado praticamente junto com a autora à portaria. Sustenta ter sido discriminada por sua condição social, sentindo-se humilhada...*" (fls. 71).

Acesso ao Sumário

A sentença acolheu os pedidos da autora e condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais fixada no valor de R$ 6.222,00, corrigida monetariamente a partir do arbitramento e com incidência de juros legais a partir da citação.

Com efeito, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento

Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

O art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Na Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros: Apelação nº 99406023739-8, Rel. Des. **ELLIOT AKEL**, em 17/06/2010; AI nº 990101539306, Rel. Des. **LUIZ ANTONIO DE GODOY**, em 17/06/2010; Apelação nº 99402069946-8, Rel. Des. **PAULO EDUARDO RAZUK**, em 08/06/2010; Apelação nº 99405106096-7, Rel. Des. **NEVES AMORIM**, em 29/06/2010; Apelação nº 99404069012-1, Rel. Des. **JOSÉ ROBERTO BEDRAN**, em 22/06/2010; Apelação nº 99010031478-5, Rel. Des. **BERETTA DA SILVEIRA**, em 13/04/2010; Apelação nº 9940500973556, Rel. Des. **JAMES SIANO**, em 19/05/2010; Apelação nº 99401017050-8, Rel. Des. **JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS**, em 27/05/2010; Apelação nº 99404080827-0, Rel. Des. **ALVARO PASSOS**, em 17/09/2010; Apelação nº 99404073760-8, Rel. Des. **PAULO ALCIDES**, em 01/07/2010; AI nº 99010271130-7, Rel. Des. **CAETANO LAGRASTA**, em 17/09/2010; Apelação nº 99109079089-9, Rel. Des. **MOURA RIBEIRO**, em 20/05/2010; Apelação n° 99010237099-2, Rel. Des. **LUIZ ROBERTO SABBATO**, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento nº 99010032298-2, Rel. Des. **EDGARD JORGE LAUAND**, em 13/04/2010; Apelação nº 991.09.0841779, Rel. Des. **SIMÕES DE VERGUEIRO**, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. **PAULO ROBERTO DE SANTANA**, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. **RENATO SARTORELLI**, em 01/09/2010; Apelação nº 99207038448-6, São Paulo, Rel. Des. **CESAR LACERDA**, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. **EDGARD ROSA**, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. **PAULO AYROSA**, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. **MENDES GOMES**, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. **ROMEU RICUPERO**, em 15/09/2010.

Acesso ao Sumário

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* decisum" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. **CASTRO MEIRA**, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. **ELIANA CALMON**, j . 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma,

Rel. Min. **FERNANDO GONÇALVES**, j de 1.12.2003).

E também o Colendo Supremo Tribunal Federal tem decidido correntemente que é possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito recentemente na decisão da lavra do eminente Ministro **DIAS TOFFOLI**, nos RE 591.797 e 626.307, em 26.08.2010, em que assenta, textualmente, o que segue: "*Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator*" (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro **CARLOS BRITTO**, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro **MAURÍCIO CORRÊA**, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro **NÉRI DA SILVEIRA**, DJ 01/08/2000).

Importa ressaltar, apenas, que: "(...) não há controvérsia quanto ao fato de a autora haver sido impedida de se utilizar da entrada social do condomínio réu em razão de sua condição social..." (fls. 72).

Ora, o condomínio réu ampara toda sua defesa na alegação de que é possível reservar entrada somente para prestadores de serviço. Em momento algum o condomínio afirma que não discriminou a autora, somente argumenta que tal procedimento é amparado pela lei.

Sem razão jurídica, contudo.

Tal discriminação é vedada tanto pela Constituição Federal, como pela Lei Estadual nº 10.313, de 20 de maio de 1999, mencionada na r. sentença:

"*Artigo 1º - Fica vedada qualquer forma de discriminação em virtude de raça, sexo, cor, origem, condição social, idade, porte ou presença de deficiência ou doença não contagiosa por conta social no acesso aos elevadores de todos os edifícios públicos ou particulares, comerciais, industriais e residenciais multifamiliares existentes no Estado de São Paulo.*

Parágrafo único - Os responsáveis legais pela administração dos edifícios citados no 'caput' deste artigo ficam autorizados a regulamentar o acesso a esses imóveis, assim como a circulação dentro deles e o uso de suas áreas de uso comum e abertas ao uso público, através de regras gerais e impessoais não discriminatórias.

Artigo 2º - Fica estabelecido que, para maior conforto, segurança e igualdade entre os usuários, o elevador social é o meio normal de transporte de pessoas que utilizem as dependências dos edifícios, independentemente do estatuto pelo qual o fazem e desde que não esteja deslocando cargas, para as quais podem ser utilizados os elevadores especiais."

Nos termos da r. sentença:

"*(...) no caso dos autos nenhuma justificativa convincente apresentou o réu para impedir validamente a autora de se utilizar da entrada reservada a*

moradores (...) A alegação de ser 'fisicamente impossível liberar o ingresso de prestadores de serviço junto aos moradores' soa despropositada e não convence...

(...) Não consta estivesse a autora levando consigo algum volume ou objeto que pudesse incomodar os demais usuários da entrada e elevador social, nem que houvesse fila para ingresso no edifício..." (fls. 72 verso).

"*(...) evidencia-se que a autora foi impedida de ingressar no edifício pela entrada social apenas porque era diarista, o que se mostra ilegal (...) Sem dúvida que a ilegal discriminação, presenciada por terceiro, constitui ofensa ao bem imaterial, à honra da autora, tanto interna, subjetiva, isto é, sentimento de dignidade próprio, quanto externa, objetiva, reputação, ou seja, apreço e respeito perante a sociedade...*" (fls. 72 verso).

Nem se argumente que a sentença foi '*ultra petita*' em razão de a autora não ter demonstrado que o preposto do réu a humilhou ou a ofendeu.

Como já referido, o condomínio apelante, em momento algum, rechaçou a alegação de que impediu o ingresso da autora no edifício pela entrada social. Tal conduta, praticada perante terceira pessoa, obviamente depreciou e humilhou a autora.

Os fatos narrados na inicial, portanto, ficaram demonstrados.

Por fim, não há se reduzir a quantia da indenização por danos morais (R$ 6.222,00), porque fixada de forma razoável e adequada para as peculiaridades do caso concreto.

A jurisprudência ampara a pretensão:

*"Responsabilidade Civil. Proibição de uso do elevador social a prestador de serviços. Infringência a princípio constitucional e lei municipal. Discriminação que não se justifica por questões práticas, técnicas ou de conforto aos usuários. Autor que não portava carga, situação que autorizaria a preferência pelo uso do elevador de serviço. Danos morais configurados. Indenização devida. Recurso provido." (Apelação nº 9082845-24.2009.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador **EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE**, 03/10/2013).*

*"APELAÇÃO CÍVEL - Dano moral - Impedimento indevido ao uso de elevador social - Fato comprovado por prova emprestada - Possibilidade - Observância do contraditório - Prova produzida em outro processo contra o réu - Caracterização de situação constrangedora e humilhante - Reconhecimento de dano moral - Provimento do recurso." (Apelação nº 340.318-4/6-00 [9100235-80.2004.8.26.0000], 3ª Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora **MARIA OLIVIA ALVES**, 31/10/2006).*

Acesso ao Sumário

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste

Egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000873-13.2013.8.26.0480, da Comarca de Presidente Bernardes, em que é apelante J.F.M. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado E.R.L.G..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 3105 JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 31 de março de 2015.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. Pedido de reconhecimento de direito real de habitação em favor do companheiro supérstite. Autor que residiu por 7 anos na mesma casa que a falecida. Ausência, entretanto, de *affectio maritalis*. A existência de união estável demanda relacionamento afetivo duradouro com a intenção pública e notória de constituir uma família. Apelante que dormia em quarto separado, nunca era visto na companhia da *de cujus*, não compartilhava o mesmo círculo social, não a auxiliava na manutenção da casa e não dispensou qualquer tipo de cuidado a ela quando do agravamento de sua condição de saúde. Relacionamento de mero companheirismo, sem aparência de casamento (*more uxorio*). União estável não configurada. Direito real de habitação não reconhecido. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de reconhecimento de união estável *post mortem* e declaração de direito real de habitação em favor do companheiro supérstite, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 166/168, uma vez que os requisitos exigidos pela lei para a configuração do instituto não restaram demonstrados.

Inconformado, recorre o autor (fls. 173/178).

Sustenta, em síntese, que conviveu com M.J.A. como se casados fossem por mais de sete anos. Seu relacionamento era público e notório, com o objetivo de constituir uma família, tanto que moravam na mesma casa e se ajudavam mutuamente nas tarefas do dia-a-dia. Afirma ter acompanhado a falecida durante sua doença, e dispensado a ela os cuidados que eram negligenciados por sua filha, ora requerida, e outros parentes.

Ressalta que a própria *de cujus* o relacionou como "amazio" em contrato firmado com empresa funerária, e que os demais documentos acostados aos autos permitem concluir pela configuração de sua união estável. Pede que seja reconhecida sua existência a partir de meados de 2006 até 07/03/2012, data da morte de M.J.A.. Pleiteia, ainda, a declaração da existência de direito real de habitação sobre o imóvel em que residia com sua companheira até a data de sua morte, nos termos referidos na petição inicial.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, com resposta às fls. 209/215.

É o relatório.

A união estável é entidade familiar constituída por aqueles que convivem em estado de casados, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). Por ser um ato-fato jurídico, não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos. Basta sua configuração fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais.

Nessa esteira, para que possa reconhecer sua existência, o juiz deve verificar a configuração de seus requisitos, previstos pelo artigo 1.723 do Código Civil – a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida como objetivo de constituição de família.

Na hipótese dos autos, ainda que o autor, ora apelante, tenha coabitado com M.J.A. desde meados de 2007 até a data de sua morte, não há evidências de que seu relacionamento se revestia das características da união estável.

Segundo as testemunhas ouvidas por ocasião da audiência de instrução, debates e julgamento, o apelante e a *de cujus* tinham uma relação de mera amizade. Não há qualquer indício de que atendessem aos deveres dos companheiros, relativos à lealdade, respeito, confiança e mútua assistência.

Segundo C.S., que era vizinha da falecida, não eram reconhecidos em sua comunidade como se fossem casados, ou integrassem o mesmo núcleo familiar. Não faziam aparições públicas na companhia um do outro, tampouco praticavam qualquer atividade social juntos, como um casal.

L.T.S., que trabalhava como faxineira na casa de M.J.A. afirmou que dormiam em quartos separados, não mantinham relações sexuais e não tinham uma relação de grande proximidade. Relatou que o apelado não contribuía com as tarefas domésticas, tampouco com a manutenção financeira da casa, uma vez que não trabalhava. Não frequentavam os mesmos ambientes e não se referiam um ao outro como companheiros ou cônjuges.

O apelante, ademais, deixou de prestar cuidados à *de cujus* quando sua enfermidade se agravou, de modo que teve de ser levada de sua casa por parentes próximos. Não há evidências de que a tenha visitado nos outros locais em que residiu ou foi internada antes de falecer.

Estas características certamente se distanciam da convivência que se reveste de *affectio maritalis*. Não existe qualquer elemento nos autos que indique que o apelante tinha a intenção pública e notória de constituir uma família com a falecida, e que a tratasse de maneira correspondente a esta intenção.

Como reconheceu a r. sentença, a prova acostada aos autos permite concluir que tiveram apenas um breve namoro, na época em que o apelante se mudou para a casada *de cujus*, e que depois disso apenas permaneceram residindo sob o mesmo teto, porém sem se comportarem como se fossem casados.

No direito pátrio, como ensina PAULO LÔBO, há de ser ponderado o tênue equilíbrio entre o namoro, que não é entidade familiar, e a união estável, pois *"aquela resulta inteiramente do ambiente de liberdade, que a Constituição protege, inclusive da incidência de normas jurídicas, permanecendo no mundo dos fatos. Namorar não cria direitos e deveres"* (Famílias, São Paulo: Saraiva, 2008, p.175).

Vale lembrar que o E. STJ tem entendimento no sentido de que a coabitação (vida em comum sob o mesmo teto) não implica necessariamente a caracterização da união estável, ainda que na maioria dos casos seja um forte indício de sua configuração (REsp nº 474.962/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23/09/2003, DJ 01/03/2004, p.186).

Assim, como a existência de união estável com a falecida não foi comprovada, o apelante não adquiriu direito real de habitação sobre a casa em que moravam. Sua pretensão era mesmo de ser julgada integralmente improcedente.

Como deu correta solução à lide, a r. sentença deverá ser integralmente mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do disposto no

Acesso ao Sumário

art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027612-50.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CARLOS AUGUSTO PAOLONE e DANIELLA RIOS SION PAOLONE, são apelados NÁDIA GARCIA, JOSÉ PAOLONE NETTO (ESPÓLIO) e JOSÉ FERNANDO PAOLONE (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31638)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FÁBIO QUADROS (Presidente) e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 26 de março de 2015.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Usucapião especial urbana. Autores que exerceram posse por doação considerada fraudulenta para os direitos da companheira do doador. Inadmissibilidade de alterar o elemento formador do *animus domini* e entender que um novo ciclo possessório foi aberto, quando o direito da mulher não foi satisfeito ou cumprido. Ausência de comprovação dos requisitos do art. 183 da CF. Improcedência da ação. Apelo para reforma. Não provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

CARLOS AUGUSTO PAOLONE e DANIELA RIOS SION PAOLONE ingressaram com ação de usucapião especial urbana em face de NÁDIA GARCIA e o ESPÓLIO DE JOSÉ PAOLONE NETTO, representado pelo inventariante José Fernando Paolone. Os autores aduzem que adquiriram a propriedade do imóvel que residem em 19.12.1988, em razão de doação do falecido JOSÉ PAOLONE NETTO, conforme escritura pública lavrada em 27.12.1997. Ocorre que dita doação foi considerada em fraude à execução por força de decisão judicial, em processo proposto por NÁDIA, para reconhecimento e dissolução

de união estável, tendo sido o bem partilhado na proporção de 50% para ela e 50% para o espólio. Referida decisão transitou em julgado em junho de 2007 e desde então não foram praticados quaisquer atos de posse pelos réus em relação ao bem. Assim, os autores têm exercido posse mansa e pacífica, por mais de 5 anos, ininterrupta, sendo o bem destinado à moradia de sua família, único do casal, fazendo jus à declaração de domínio. O apartamento tem 3 dormitórios e 172 metros quadrados. Requer o julgamento de procedência para que haja a declaração de domínio do imóvel.

A r. sentença julgou a ação improcedente. Apelam os autores alegando a existência de boa-fé e cumprimento dos requisitos, desejando a inversão do julgado.

É o relatório.

Para a aquisição da propriedade por usucapião especial urbana, é indispensável que o postulante prove a utilização do imóvel como sua moradia ou de sua família, pelo prazo ininterrupto de 5 anos e sem oposição, desde que a área de tal bem não tenha mais de 250 metros quadrados, sendo certo que tal instituto, previsto na própria Constituição Federal (art. 183), é balizado pelos objetivos almejados por aquele Texto, representando nítida busca pela concretização fática do celebrado princípio da função social da propriedade.

Segundo GUILHERMO A. BORDA (*Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, La ley, 2008 - Derechos reales, tomo I, p. 310) "el fundamento esencial de la usucapión es la necesidad de proteger y estimular la producción y el trabajo. Quien durante largos años há cultivado un inmueble, incorporando riqueza a la comunidad, debe ser protegido por la ley, afianzado en su derecho, estimulado en su trabajo. Esta solución es tanto más justa si si penesa que frente a él está un propietário negligente, que ha abandonado sus bienes y quien se desinteresa de ellos no merece la protección legal. Estos fundamentos de la usucupión tienen hoy maior vigor que nunca. Las sociedades modernas no conciben y ala propriedad como un derecho absoluto; se dueño supone crecientes responsabilidades, no sólo derechos".

De acordo com a narrativa dos requerentes, deve ser declarada em seu favor a usucapião especial urbana do imóvel descrito na inicial, sob a fundamentação de preenchimento de todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da CF, já que utilizam o imóvel como residência, sem oposição, desde o trânsito em julgado da decisão judicial que reconheceu que a doação do imóvel em questão foi realizada em fraude à execução, para prejudicar a ex-consorte do proprietário.

A referida decisão data de junho de 2007, de forma que, tendo sido a demanda proposta em 2013, haveria, segundo a diretriz do libelo, esgotamento do requisito temporal, bem como dos demais mandamentos do dispositivo constitucional, na medida em que não consta interrupção da posse, haveria *animus*

Jurisprudência - Direito Privado

domini, e o imóvel não ultrapassaria a metragem indicada na Constituição.

Não há, contudo, como acolher a tese da apelante.

Conforme explica CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *"A prescrição aquisitiva é uma instituição multissecular, que nos foi transmitida pelos romanos. Por favorecer o usurpador contra o verdadeiro proprietário, parece, à primeira vista, que ela ofende o direito de propriedade, permitindo que o possuidor passe a ocupar o lugar do primeiro, despojando-o de seu domínio. Segundo LAFAYETTE, tal perda 'sai fora das regras fundamentais do Direito; mas é determinada por imperiosos motivos de ordem pública'. A negligência do proprietário, aduz, 'não é propriamente uma razão determinante da prescrição aquisitiva, mas intervém como uma consideração moral de grande valor para pô-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo, que à primeira vista se lhe atribuiu'"* (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

Se a busca pela função social da propriedade permeia o instituto da usucapião como um todo, com muito mais razão os anseios de ordem social devem ser perseguidos quando se trata da usucapião especial, em que se protege a moradia.

Em verdade, conforme descrito pelos próprios autores, **há, a partir do conhecimento da imutabilidade do julgamento que reconheceu a fraude que recaía sobre a doação do imóvel em que residem**, o pleno conhecimento acerca da origem da posse que exercem sobre o bem, ficando claro, pois, que não estão preenchidos os requisitos para o reconhecimento da aquisição originária da propriedade.

Os autores continuaram residindo no imóvel e isso não altera o elemento subjetivo da posse (*animus domini*). Para obter o domínio pela usucapião é necessário exercer posse como se dono fosse, sendo impossível atribuir essa condição aos autores, que sabem que o imóvel está gravado, por decisão judicial, para garantir direito de propriedade da recorrida Nádia. Os autores não ignoram que o imóvel não lhes pertence, o que impede que se admita a mudança da natureza jurídica da posse.

A esse respeito, aliás, o preciso comentário de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO sobre os atos de mera permissão ou tolerância:

"A primeira parte (do art. 1.208 do Novo Código Civil, com a mesma redação do art. 497 do antigo diploma) *diz que 'não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância'. (...) A permissão exige a conduta positiva do possuidor que, sem perda do controle e da vigilância sobre a coisa, entrega-a voluntariamente a terceiro, para que este a tenha momentaneamente. Vê-se, assim, que o possuidor, em tal situação, não se exonera da posse, mas apenas entrega alguns de seus poderes ao detentor, ou os compartilha com*

Acesso ao Sumário

ele, até segunda ordem. Há apenas uma limitação da posse, em razão da entrega momentânea de poderes sobre a coisa a terceiro. (...) A tolerância é o comportamento de inação, omissivo, consciente ou não do possuidor, que, mais uma vez sem renunciar à posse, admite a atividade de terceiro em relação à coisa, ou não intervém quando ela acontece. Sendo uma mera indulgência, uma simples condescendência, não implica transferência de direitos. Ambas - permissão e tolerância - podem interromper-se ad nutum, revogáveis a qualquer tempo." (LOUREIRO Francisco Eduardo. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007).

O requisito da posse *ad usucapionem* fica afastado, ainda, em decorrência, como esposado, da plena ciência do direito dominial de outrem e da precariedade do uso do imóvel.

Sobre tal matéria, também elucida CARLOS ROBERTO GONÇALVES que *"não têm ânimo de dono o locatário, o comodatário, o arrendatário e* ***todos aqueles que exercem posse direta sobre a coisa, sabendo que não lhe pertence e com reconhecimento do direito dominial de outrem, obrigando-se a devolvê-la"*** (ob. cit., p. 280)

Tal averiguação já seria suficiente para declarar a falta de interesse dos apelantes no que respeita ao pleito inicial, que exige, nos termos do art. 183 da CF, utilização do imóvel tal qual proprietário.

Em casos análogos, já decidiu este E. Tribunal:

"APELAÇÃO - Usucapião Especial Urbana - Suficiência da prova documental e oral no sentido de afastar os requisitos da usucapião, em especial o animus domini - Decurso de prazo ocorrido durante a tramitação do processo que não tem o condão de alterar o caráter precário da posse. Decisão Mantida." (Apelação nº 0017873-53.2002.8.26.0451. Relator: Egidio Giacoia. DJ de 28.1.2015).

"USUCAPIÃO - Hipótese em que a autora, ao mesmo tempo, se intitula co-herdeira e titular de posse exclusiva – Inviabilidade - Animus domini *que não se identifica na espécie - Posse precária, apenas* ad interdicta *- Mera permissão/tolerância indicativa de comodato - Herança que representa um todo indivisível e enseja a formação de condomínio pro indiviso entre os sucessores, os quais exercem simultânea posse jurídica - Doutrina e precedentes da Corte Recurso desprovido."* (Apelação nº 0173451-82.2008.8.26.0100. Relator: Ferreira da Cruz. DJ de 29.8.2014).

"Usucapião constitucional urbana - Autor que não logrou êxito em demonstrar o preenchimento dos requisitos para aquisição do domínio pela usucapião - Conjunto probatório que revela a verossimilhança da tese defensiva, segundo a qual a posse exercida sobre o imóvel pelo autor decorreu de comodato verbal - Elementos dos autos que evidenciam o conhecimento pelo autor do

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

caráter precário de sua posse - Ausência de "animus domini" - Sentença de improcedência mantida. Nega-se provimento ao recurso." (Apelação nº 0011054-08.2010.8.26.0100. Relator: Christine Santini. DJ de 4.12.2014).

JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR enfrentou uma questão delicada a partir de uma pergunta: "o ladrão tem posse?" e a resposta dele ajuda entender o caso, embora os autores não sejam ladrões. Argumenta o eminente Desembargador que a posse do ladrão é injusta porque apossou da coisa com violência e clandestinidade, o que não impede de obter proteção se a violência e a clandestinidade cessarem e ninguém mais impugnar o fato, argumentando que "mesmo a posse injusta e de má-fé pode acabar sendo protegida. Isso porque o passar do tempo pode criar uma nova situação de estabilidade que o direito não pode ignorar. Em nome da paz social essa nova situação, em certas circunstâncias, é protegida pelo direito" (*Direitos Imobiliários da População Urbana de Baixa Renda*, Editora Sarandi, SP, 2011, p. 59, item 2.8.3).

A partir do momento em que o Judiciário enfraqueceu o título aquisitivo e retirou qualquer efeito da posse dos autores pela doação, eles, autores, poderão ganhar uma nova fase possessória independente e, quem sabe, tornar essa posse qualificada ou *ad usucapionem* (art. 1196, do CC). É o que se chama interversão da posse, matéria anotada por LODOVICO BARASSI (*Diritti Reali e Possesso*, Giuffrè, Milano, 1952, II, p. 414, § 228) e ORLANDO GOMES (*Questões de Direito Civil*, 5ª edição, Saraiva, 1988, p. 116). Porém e para que isso se dê, será preciso extinguir o efeito ou fechar o ciclo da mera detenção, o que acontece quando os direitos da credora forem satisfeitos, de modo que enquanto a titular do direito sobre a coisa (Nádia) não der o aval (desistência) da sua meação que foi ludibriada pela doação, não há como os autores saírem da esfera jurídica da detenção e se tornarem possuidores.

Como nada mudou, tanto que Nádia continua resistindo, admitir a usucapião seria, por via oblíqua, rescindir a sentença que reconheceu a fraude da doação, o que é inadmissível.

Fica evidenciado, pois, não existirem todos os requisitos necessários ao reconhecimento da usucapião especial, o que representa ofensa ao sentido do art. 333, I, do CPC, de forma que deve ser mantida a r. sentença prolatada.

Nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022793-81.2009.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SIMONE IGLESIAS FERNANDEZ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TELECOMUNICAÇÕES

DE SÃO PAULO S/A TELESP.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, vencido o Revisor, que fará declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21076)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Pedidos declaratório e indenizatório. Negativação. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da autora. Reforma parcial da sentença - Legitimidade ativa da autora, filha do falecido negativado (art. 12 CC). Danos morais verificados. Valor fixado em dez mil reais, dadas as peculiaridades do caso. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Santos, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais apenas para declarar a inexigibilidade dos valores impugnados, deixando de condenar a ré no pagamento de indenização e fixando os honorários advocatícios em R$ 700,00.

Pugna o apelante pela reforma da r. sentença, a fim de que, reconhecendo-se sua legitimidade para pleitear indenização por dano moral, seja a parte contrária condenada a pagar indenização em 150 salários mínimos. Sustenta sua legitimidade para pleitear a indenização por dano moral, pois estaria pleiteando direito pessoal próprio, vez que indiretamente afetada pela conduta da apelada. Por fim, requer a fixação dos honorários advocatícios.

O recurso foi recebido e processado no duplo efeito (fls. 135).

Contrarrazões às fls. 142/151.

O recurso foi recebido neste E. Tribunal em 23/02/2012 e distribuído a Relatoria do Des. Maria Olívia Alves em 08/03/2012. Por unanimidade, não conheceram do recurso e determinaram a remessa a uma dentre a 1ª e 10ª Câmaras de Direito Privado.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

O recurso foi, então, redistribuído a esta Relatoria em 16/05/2012.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

A ré enviou o nome do falecido, pai da autora, aos cadastros de maus pagadores por dívida alegadamente contraída em data posterior à morte do negativado.

Por óbvio não há dívida e a inscrição foi ilegal.

Na responsabilidade civil advinda do fato do serviço, dentro dos pressupostos da teoria do risco da atividade, desnecessária a aferição da culpa do fornecedor, sendo tão somente imperiosa a caracterização do nexo de causalidade entre o dano ocasionado quanto ao consumidor (figura em que as autoras se encaixam, por equiparação como vítimas do evento) e a conduta lesiva da ré.

A responsabilidade da ré é objetiva para o caso de defeito de serviço e também fundada no risco, porque a atividade do causador do dano, por sua natureza econômico-empresarial e lucrativa, implica naturalmente risco para o direito de outrem, tudo se prescindindo da análise do elemento subjetivo do comportamento.

O risco de contratação irregular feita em fraude por terceiro, como é pacificamente aceito, congloba-se no âmbito de responsabilidade das empresas de telefonia, que devem checar a autenticidade e veracidade de toda a documentação previamente a abertura de cadastros, ainda mais se ponderada a existência e acesso a meios para atingir tal objetivo.

Logo, assumindo o risco de defeito do serviço no oferecimento de sua atividade, o mero ato de negociação e contratação com terceiros, que detinham irregular e ilegalmente os dados de outrem, importa no reconhecimento de sua responsabilidade pelos atos que decorreram do mau controle de suas contratações, concretizados mediante a contratação indevida de prestação de serviços e o consecutivo lançamento nominal do autor, diante do inadimplemento, em rol de devedores.

Acesso ao Sumário

Excludentes de responsabilidade, pela caracterização de culpa exclusiva de terceiro ou da vítima, também não foram constatadas. A atuação maliciosa de terceiros, fraudadores ou estelionatários, é igualmente abrangida no âmbito de responsabilidade profissional da ré.

As autoras são parte legítima para reclamar direito de personalidade. O parágrafo único do artigo 12 do Código Civil lhes garante referida legitimidade:

> "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau."

Resta assim configurado o dano moral indenizável. O nome do falecido foi indevidamente maculado.

Momento seguinte ao reconhecimento do dano moral, passa-se à apreciação do arbitramento do montante indenizatório.

Neste particular, tem-se como patamar suficiente e razoável, que visualiza as peculiaridades do caso e se põe em linha de coerência com casos assemelhados e de forma compatível com a lesão sofrida, o valor de R$ 10.000,00.

Apresenta-se simultâneo atendimento aos requisitos de desestímulo à ocorrência de novas condutas danosas, capacidade econômica das partes e compensação ao requerente quanto ao dano ocorrido, sem a caracterização do enriquecimento sem causa (tudo na perspectiva do artigo 944, *caput*, CC/02).

Também se considera para a fixação de tal valor a elevada repetição de casos similares que vem a conhecimento dos tribunais, sem que se tenha, até o momento, o conjunto de companhias de telefonia satisfatoriamente empregado o lucro obtido pelo desempenho de sua atividade em eficiente metodologia de prevenção (finalidade repressiva) e supressão à exposição indevida de pessoas tais quais o falecido.

No tocante aos honorários advocatícios, realmente é o caso de acolher o apelo da ora apelante.

Esta Relatoria entende que, sopesadas as circunstâncias do caso concreto e os parâmetros estabelecidos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, a fixação dos honorários advocatícios em 15% do valor da condenação é adequada ao caso vertente.

Por tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 16.153)

1. Peço *venia* para divergir do voto da douta maioria, pois, no meu pensar, correta a decisão monocrática, não comportando acolhida o apelo.

2. Explico.

Segundo meu entendimento, cuidando-se a reparação moral um direito personalíssimo, não há transmissibilidade deste aos eventuais sucessores, no caso de seu falecimento após o evento danoso, ou sua ocorrência quando já ocorrido seu passamento.

Em outras palavras, não podem os sucessores pleitear, em nome próprio,

Acesso ao Sumário

reparação moral pelos danos suportados pelo *de cujus*, pois como dito, este direito é personalíssimo. Nada impede, contudo, que os sucessores invoquem dano moral próprio pela suposta ofensa honra àquele, com quem, quando vivo, mantinham laços familiares.

No caso dos autos, a autora na peça inicial, ao contrário do deduzido na apelação, não pleiteou o recebimento de indenização com base em ofensa própria sofrida, em razão de aventado sofrimento suportado pela injusta mancha à imagem de seu falecido pai, causada pela indevida inclusão de seu nome como devedor relapso nos órgãos de proteção ao crédito.

Ao contrário, de forma expressa, a apelante pediu indenização, como sucessora deste, pelos danos morais que o *de cujus* sofreu com a conduta ilícita da apelada: "... o ressarcimento do dano moral pleiteado nos autos pela descendente do ofendido constitui direito pessoal, não proveniente de herança. O caso em tela trata de direito próprio, sendo certo que remanesce à requerente a legitimidade na defesa da honra do falecido" (fl. 5, destaquei).

Por essa razão, *data venia*, tal como o ilustre julgador de Primeiro Grau, entendi que falta à apelante legitimidade ativa para postular a reparação moral, daí porque correto seu afastamento.

Nesse sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: "o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima. O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é 'bem' que componha o patrimônio transmissível do de cujus... 'O herdeiro não sucede o sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se estendesse ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano'" (2ª Turma - REsp 11.735/PR - Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro - DJ de 13.12.1993).

3. Forte nesse entendimento é que meu voto, com a devida *venia*, negava provimento ao recurso.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Desembargador, Revisor vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001890-22.2014.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante BENEDITO LOPES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32321)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente sem voto), RUI CASCALDI e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 3 de março de 2015.

PAULO EDUARDO RAZUK, Relator

Ementa: USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO - Domínio do imóvel adquirido pelo autor mediante escritura pública de compra e venda - Fraude de execução, ensejando a ineficácia da alienação - Penhora do bem registrada - Título não cancelado, de modo que o autor continua titular do domínio - Ausência, portanto, de interesse processual para a aquisição do domínio por usucapião - Possibilidade de oposição à constrição por embargos de terceiro - Usucapião que não pode ser admitido como via oblíqua para escapar aos efeitos da declaração de fraude de execução – Recurso improvido.

VOTO

A sentença de fls. 58/59 indeferiu a petição inicial de ação de usucapião especial urbano.

Apela o autor, a fim de que o feito tenha prosseguimento.

O apelo foi recebido.

O Ministério Público declinou de oficiar no feito.

É o relatório.

Mediante escritura pública de venda e compra, registrada na matrícula do imóvel, o apelante adquiriu-lhe o domínio (fls. 15/18).

A alienação foi declarada ineficaz, em razão de fraude de execução, tendo sido registrada a penhora do bem, em execução de título extrajudicial contra devedor solvente (fls. 19/20).

Não foi cancelado o registro do título de aquisição do apelante, que continua titular do domínio.

Como tal, o apelante não tem interesse processual, para adquirir o domínio, via usucapião.

Em tese, poderá o apelante opor-se à constrição judicial, na via adequada

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

dos embargos de terceiro.

O usucapião não é sucedâneo daquela ação, nem pode ser admitido como via oblíqua para escapar aos efeitos da declaração de fraude de execução.

No sentido:

Usucapião Especial Urbana. Imóvel com metragem superior a 250 metros quadrados. Aplicação do artigo 183 da Constituição Federal. Impossibilidade de reconhecimento da prescrição aquisitiva da área igual ou inferior a 250 metros quadrados, sob pena de burla ao dispositivo constitucional. Àquele que adquiriu imóvel por força de alienação realizada em fraude à execução é vedado reclamar a usucapião por ser ela incompatível com a titularidade do domínio. Recurso desprovido. (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 9128351-33.2003.8.26.0000, Des. Rel. Pedro Baccarat, j. 18.05.2011)

PENHORA - Parte ideal de imóvel adquirida no curso de ação judicial capaz de reduzir à insolvência o executado - Embargos de terceiro opostos pelo adquirente - Entendimento de que as partes não agiram de má-fé – Penhora desconstituída - Sentença de procedência - Apelação do embargado - Processo de execução em andamento por ocasião da aquisição pelo embargante - Conduta de boa-fé irrelevante - Inexistência de outros bens para garantir a execução - Aplicação do artigo 593, inciso II, do Código de Processo Civil - Ineficácia manifesta da transferência - Fraude caracterizada - Penhora válida - Impossibilidade de o adquirente se beneficiar do instituto do bem de família ou de usucapião - Embargos improcedentes - Recurso provido. (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 0010837-42.2011.8.26.0451, Des. Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 16.08.2012).

Posto isso, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016032-62.2008.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante ABA MOTORS COMERCIAL IMPORTADORA DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA., é apelado INSULFILM DO BRASIL LTDA..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.716)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente) e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 3 de março de 2015.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: MARCA. DILUIÇÃO OU DEGENERAÇÃO. O TERMO REGISTRADO PELA AUTORA TRANSFORMOU-SE EM SINÔNIMO DE PELÍCULA PARA VIDROS AUTOMOTIVOS. FENÔMENO, CONTUDO, SEM FUNDAMENTO LEGAL. ESCASSA JURISPRUDÊNCIA. PROTEÇÃO LEGAL DA MARCA QUE NÃO PODE SER OBSTADA.

DEVER DE INDENIZAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Cerceamento de defesa. Inocorrência. O julgamento antecipado da lide é faculdade do Magistrado. A prova a ele se destina.

2. A marca insulfilm, registrada pela autora, transformou-se com o decurso do tempo em sinônimo do produto que representa, qual seja a película protetora de vidros automotivos. Perda da individualização da marca. Popularização. Diluição ou degeneração. Fenômeno mercadológico. Ausência, contudo, de previsão legal. Tímida jurisprudência. Manutenção da sentença que impôs à ré a abstenção do uso da marca. A degenerescência da marca não lhe retira a proteção, embora possa produzir outros efeitos sobre as situações de uso indevido, não verificados neste caso.

3. Indenização. Dano material. Caracterização. Uso indevido da marca alheia sem comprovação de que tenha sido usado efetivamente o produto. Confusão e desvio de clientes. Apuração em liquidação de sentença.

4. Indenização. Dano moral. Caracterização. Está em jogo o bom nome e a qualidade do serviço oferecido pela autora. Indenização mantida (R$ 25.000,00).

5. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

1. - A sentença proferida pela Doutora BARBARA CAROLA HINDERBERGER CARDOSO DE ALMEIDA julgou procedente o pedido para condenar a ré a se abster de utilizar a expressão *insulfilm*, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00, bem como a pagar indenização pelos danos materiais, a serem apurado em liquidação, e indenização pelos danos morais, estes fixados em R$ 25.000,00.

A ré recorreu da sentença e alegou, em síntese, que a autora não agiu de boa-fé, porquanto esperou quatro anos para ajuizar a ação; que não agiu de forma intencional; que revende veículos da marca General Motors; que apenas valorizou a marca da autora; que pediu a produção de provas em audiência; que ocorreu cerceamento de defesa que não estão presentes os requisitos para o dever de indenizar; que o período de indenização deve ficar limitado a fevereiro de 2004 a julho de 2006; que a condenação em lucros cessantes é *ultra petita*; e que o pedido é improcedente.

A autora apresentou resposta na qual pediu a manutenção da sentença.

É o relatório.

2. - Não ocorreu cerceamento de defesa, na medida em que o julgamento antecipado é faculdade do Magistrado, segundo o princípio do livre convencimento e da motivada apreciação da prova, sem que isso importe em qualquer nulidade, sobretudo nos casos como dos autos em que a produção de outras provas revelava-se desnecessária para o desate do litígio.

Nas palavras de CASSIO SCARPINELLA BUENO, “o julgamento antecipado da lide justifica-se quando o juiz está convencido de que não há necessidade de qualquer outra prova para a formação de sua cognição sobre quem, autor ou réu, será tutelado pela atuação jurisdicional. Em termos mais técnicos, o julgamento antecipado da lide acaba por revelar a desnecessidade da realização da fase instrutória, suficientes as provas eventualmente já produzidas até então com a petição inicial, com a contestação e, bem assim, com as manifestações que, porventura, tenham sido apresentadas por força das providências preliminares, é dizer, ao ensejo da fase ordinatória” (Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, v. 2, t. 1, Ed. Saraiva, p. 219).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “Inexiste cerceamento de defesa na hipótese em que se indefere a dilação probatória vez que desnecessária. A prova é endereçada ao julgador para que forme seu convencimento e está adstrita a sua utilidade, consagrando a legislação processual pátria, nos artigos 125, inc. II e 130 do CPC o dever do juiz ‘de velar pela rápida solução do litígio’ e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (REsp nº 919.656/DF, rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 04.11.2010).

No mais, a autora alegou, na inicial, que é titular da marca *insulfim* desde

Acesso ao Sumário

a década de 1.980, quando promoveu seu registro junto ao INPI (1.990 e 1.991 - fls. 04). Sustentou que a ré veicula campanhas publicitárias e anúncios de automóveis utilizando a sua marca para o fim de obtenção de lucro desde pelo menos 2004. Afirmou que há concorrência desleal e pediu a condenação da ré em abster-se de usar a marca e em indenização equivalente aos prejuízos material e moral sofridos.

Penso que efetivamente ocorreu o que a doutrina denomina de degeneração ou diluição da marca registrada pela autora.

Conforme esclarece MAITÊ CECÍLIA FABBRI MORO, no campo das marcas, a "notoriedade é uma qualidade presente em marcas que auferem um expressivo conhecimento do público" e que "Qualquer titular de uma marca deseja que ela, assim como seu produto ou serviço, sejam conhecidos do público consumidor. A marca que, implantada no mercado, conseguir ir além das expectativas 'normais' de conhecimento por parte dos consumidores terá uma característica a mais, que não poderá deixar de se reconhecida: a notoriedade" (Direito de Marcas, Ed. RT, 2003, p. 77/78).

É certo, portanto, que o registro da marca confere direitos ao seu titular e que a notoriedade reforça esse direito. Entretanto, se observa que a notoriedade, em relação aos seus efeitos, "também pode ser motivo para a destruição do direito sobre uma marca. Neste caso, diferentemente do caso do *secondary meaning*, o signo deixa de ser distintivo. Ou seja, um signo distintivo transforma-se em genérico. Este fenômeno é denominado de degeneração, vulgarização ou diluição da marca. Assim afirma Fábio Ulhoa Coelho, apoiado em José Eduardo Sampaio: 'A degeneração da marca notória é um interessante fenômeno mercadológico, que se verifica quando os consumidores passam a identificar o gênero do produto pela marca de um de seus fabricantes. São exemplos de signos distintivos que se diluíram: celofane, fórmica, aspirina, cotonete, band-aid, bom-bril, entre outras'" (op. cit., p. 84).

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FRÓES também observou o fenômeno: "há registro de marca válido, mas, ao longo do tempo, a palavra adotada veio a perder a distintividade, que é a característica essencial da marca, conforme a lei, a doutrina e a jurisprudência" e anota que "São muitos os exemplos de palavras registradas como marcas que se banalizaram, passando a ser usadas pelo público em geral, como se fossem os próprios nomes dos produtos ou serviços que designavam" (Marca: Aquisição de Distintividade e Degenerescência, em Propriedade Intelectual, série Direito GV law, coords. MANOEL J. PEREIRA DOS SANTOS e WILSON PINHEIRO JABUR, Ed. Saraiva, 2007, p. 93).

E FÁBIO ULHOA COELHO explica: "A degeneração da marca notória é um interessante fenômeno mercadológico, que se verifica quando os

Acesso ao Sumário

consumidores passam a identificar o gênero do produto pela marca de um de seus fabricantes (cf. Sampaio, 1995). Marcas como aspirina, gilete e fórmica encontram-se degeneradas, na medida em que deixaram de identificar certo produto, fornecido por determinado empresário, e passaram a se referir ao gênero, incluindo produtos concorrentes".

Acrescenta o citado autor a distinção entre diluição da marca, que é resultado de "práticas adotadas por outros empresários ... que podem levar à perda de valor de uma marca notória" e a degeneração, que consiste num "fenômeno mercadológico", concluindo, nessa esteira, que "se ao titular da marca diluída é reconhecido o direito de sempre buscar a reparação de seus danos contra o empresário não concorrente responsável pela prática que desencadeou o processo de desvalorização, ao titular da marca degenerada nem sempre se atribui esse direito" (Curso de Direito Comercial, vol. 1, Ed. Saraiva, 15ª ed., p. 190/192).

Diluição ou degeneração, portanto, entendo que é o fenômeno se aplica adequadamente ao caso dos autos.

Em que pese ter sido registrado o termo *insulfilm* como marca pela autora nos idos da década de 80, época em que a película protetora para vidros de automóveis era quase desconhecida e tampouco oferecida no mercado, com o tempo transformou-se e hoje é identificado pelo consumidor como sendo a própria película, não como sua marca.

Verifica-se o fenômeno da degeneração da marca, que se transformou em sinônimo do próprio produto, não havendo mais distinção entre ambos. A excessiva notoriedade da marca causou a perda da distintividade, a degenerescência da marca *insulfim*, de modo que seu oferecimento no mercado não é capaz de causar confusão entre os consumidores ou a alegada concorrência desleal.

Sucede que no Brasil a Lei de Propriedade Intelectual é omissa quanto às consequências da banalização da marca e são poucas as decisões nesse sentido. Pode ser anotada a respeito a seguinte decisão do Tribunal:

> "PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. POPULARIZAÇÃO. DEGENERESCÊNCIA OU DEGENERAÇAO. Degenerescência que decorre da existência de um registro válido da marca, em que o termo passa a ser, no decorrer do tempo, usado com popularidade, amoldando-se ao gênero e perdendo sua especificidade. Ainda que demonstrada a existência de registro anterior, o termo 'tubaina' popularizou-se e, sem dúvidas, é amplamente conhecido como sinônimo de bebida e não como denominação individualizada de determinada marca, assim, verifica-se que o uso costumeiro da denominação 'tubaina' permitiu a popularização e a efetiva disseminação da idéia de que 'tubaina' tornou-se gênero de bebida, especialmente, refrigerantes, impedindo, por consequência

Acesso ao Sumário

sua proteção individual. Disseminação do termo 'tubaina' como palavra corrente e usual para se referir a determinado gênero de bebida, restando caracterizado, ainda que de forma tácita, a renúncia a sua protetividade. Recurso não provido" (TJSP, Ap. nº 0003333-08.2011.8.26.0120, rel. Des. ROBERTO MAC CRAKEN, j. 20.05.2013 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial)

Diante da ausência de regulamentação legal e de consenso jurisprudencial sobre a questão, não é possível afastar a obrigação imposta à ré na sentença, de abster-se de usar a marca registrada pela autora, que permanece com a proteção legal sustentada. Em outros termos, a degenerescência da marca não lhe retira a proteção, embora possa produzir outros efeitos sobre as situações de uso indevido, não verificados neste caso.

No caso, a sentença observou que "A requerida, por sua vez, admite o uso indevido da marca alegando, contudo, boa-fé e desconhecimento do fato de se tratar de marca registrada. Suas alegações, contudo, desprovidas de qualquer prova documental, não convencem. Percebe-se que a requerida utilizou de forma indevida a marca para angariar lucros por um bom período. Há de se ponderar que se trata de rede concessionária de grande porte e que deveria ter uma certa cautela ao veicular a propaganda de determinado produto ou serviço".

Procede, assim, o pedido cominatório da ré, assim como deve ser mantida a procedência do pedido condenatório.

Isso porque em relação à obrigação de indenizar os danos materiais, que compreendem os lucros cessantes e os danos emergentes por força de lei (art. 402, do Código Civil), a sentença anotou com acerto que é "Inegável, por outra banda, que a utilização da marca 'insulfilm', mesmo com grafismos semelhantes, para promover a venda de produtos da requerida, gerou prejuízo financeiro e material para a autora, passível de indenização. A requerida, por sua vez, não comprovou ter adquirido o produto que vendeu denominado 'Insulfilm' da autora, de sorte que ao que tudo indica adquiriu produto de origem duvidosa veiculando, contudo, o nome da marca de titularidade da autora. O uso da marca de outrem na denominação comercial possibilita a confusão e o desvio de clientes e engano no público consumidor. Aliás, desnecessária a prova do prejuízo, já que basta que o comprador possa ser enganado para se configurar a chamada concorrência parasitária. Em assim sendo, a indenização tanto do dano material quanto dos lucros cessante sé devida".

Portanto, devem ser apurados em liquidação de sentença os valores devidos pela ré, assim como o período em que houve a indevida utilização da marca.

Por fim, tampouco é o caso de se modificar a sentença quanto à condenação da ré ao pagamento da indenização pelo dano moral. De acordo com a sentença: "Inegável, por outro lado, que a pessoa jurídica pode pleitear indenização por

Acesso ao Sumário

dano moral, neste mister tem se orientado a jurisprudência, principalmente em casos desta natureza, onde estão em jogo o bom nome e a qualidade do serviço oferecidos no mercado. Em assim sendo e considerando que o uso indevido da marca perdurou por tempo considerável, o valor pleiteado parece razoável e deve ser acolhido".

É que tudo indica que a apelante aplicou nos automóveis produto de outro fornecedor, mas fazendo uso do nome notório da autora para atrair clientes. É o bastante para reconhecer o dano moral.

O valor, ademais, guarda proporcionalidade com o caso dos autos e o vulto das empresas litigantes, de modo que não há motivos para sua redução (R$ 25.000,00).

Penso, assim, que a sentença deu adequada solução à controvérsia e, portanto, deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

3. Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0167142-40.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MARIANE ZUQUIM, é apelado/apelante MUNIR MIGUEL CURI.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao apelo da autora, e negaram provimento ao apelo do réu e ao agravo retido da requerente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FÁBIO QUADROS (Presidente sem voto), ENIO ZULIANI e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Indenização por danos materiais, morais e estéticos, envolvendo realização de cirurgia plástica – "lifting".

– Agravo retido do polo ativo, alegando deserção do apelo interposto pelo polo passivo. Ausência de qualquer irregularidade quanto ao recolhimento do preparo, pois este está vinculado à quantia estabelecida na condenação, e não ao valor da causa.

Acesso ao Sumário

Artigo 4º, inciso II, § 2º, da Lei Estadual nº 11.608/03. Agravo retido desprovido.

– Apelações. Médico réu perfurou o globo ocular da autora/paciente. Cirurgia plástica abrange resultado, porquanto se trata de embelezamento. Inobservância dos cuidados necessários caracterizada. Erro médico presente. Indenização por dano moral envolve aspecto intrínseco, visto que afeta os sentimentos, marca a alma, penetra nos domínios da emoção, incorpora-se ao psiquismo e integra a essência do ser, constitui o acesso da consciência. Já a lesão estética está voltada para fora, vulnera o corpo, desfigura a silhueta, a beleza e a plástica, corresponde ao patrimônio da aparência. Referidos danos não se confundem. Majoração das verbas reparatórias sobre danos morais e estéticos apta a sobressair, em observância às peculiaridades da demanda, levando em conta a capacidade financeira das partes. Danos materiais configurados. Prova técnica apontou a necessidade de tratamento contínuo, inclusive com transplante de córnea. Pedido certo e determinado. Devido processo legal levado em consideração. Lucros cessantes não evidenciados. Apelo da autora provido em parte. Recurso do réu desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelações interpostas tempestivamente, com base na r. sentença de fls. 504/509, que julgou procedente em parte ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos, envolvendo procedimento cirúrgico.

Inicialmente, a autora apelante fez uma retrospectiva da natureza jurídica da indenização por danos morais, destacando que ocorrera a perda da função ocular, tendo que se submeter a várias cirurgias, com o afastamento do convívio social e a privação da capacidade laboral. Continuando expôs que a culpa do réu deve ser levada em consideração em seu grau máximo, afirmando que o requerido é cirurgião plástico renomado, tendo luxuosa clínica, logo, a condenação por dano moral e físico em R$ 50.000,00 e dano estético de R$ 15.000,00 não observara o duplo efeito punitivo pedagógico. Prosseguindo expôs que a declaração de imposto de renda comprova a ocorrência dos lucros cessantes, ressaltando ainda a exoneração de sucumbência do requerido com divisão entre as partes. Por último pleiteou o provimento do apelo, a fim de que

Acesso ao Sumário

ocorra a elevação dos valores indenizatórios arbitrados, e para reconhecimento dos lucros cessantes com base na declaração do imposto de renda.

O réu também apelou, aduzindo que não cometera nenhum ato ilícito, afirmando que o evento se dera devido a fato de terceiro, ou seja, falha em procedimento anestésico prévio feito por médico anestesista escolhido pela própria autora. A seguir disse que não há danos estéticos ou morais a serem indenizados, uma vez que não causara prejuízo à aparência ou profundo sofrimento psíquico ao polo ativo. Prosseguindo expôs que a sentença é nula, haja vista que condenara o polo passivo à prestação indenizatória incerta, genérica e condicional, ou seja, a pagar despesas médicas futuras, o que afronta o artigo 460, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tendo transcrito ementas de acórdãos. No mais requereu a improcedência da ação, ante a ausência de sua responsabilidade, já que o laudo concluíra pelo acidente ocular da requerente, não havendo os pressupostos necessários para a responsabilização civil, reiterando a inexistência de danos estéticos ou morais, além de ressaltar que não se admite a cumulação de indenizações. Por último pleiteou o provimento do apelo, para afastar a condenação no pagamento de reparação por danos morais e estéticos; alternativamente, a redução das indenizações, com sucumbência imposta exclusivamente à requerente.

Os recursos foram contra-arrazoados pela autora, fls. 586/593, bem como pelo réu, fls. 603/620, rebatendo integralmente as recíprocas apelações.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece reforma em parte.

Preliminarmente, o agravo retido de fls. 595/596 não observou técnica processual mais apurada, pois o caso em exame abrange pleito condenatório, portanto, o preparo está vinculado ao valor da condenação, e não ao valor da causa, ante o disposto no artigo 4º, inciso II, § 2º, da Lei Estadual nº 11.608/03.

Assim, não verificada nenhuma irregularidade, não ocorrendo a alegada deserção, razão pela qual se nega provimento ao agravo retido.

Confira-se o entendimento jurisprudencial:

"*Recurso. Apelação. Acidente de veículo. Indenização por danos materiais e morais. Ação de cobrança. Contrarrazões. Deserção. Reconhecimento. Impossibilidade. Pretensão de reforma do julgado apenas no tocante a sucumbência. Preparo que deve ser recolhido sobre o valor condenatório. Aplicação do artigo 4º, parágrafo 2º, incisos I e II da Lei nº 11.608/2003. Preliminar afastada.*" (Apelação Cível nº 0013547-14.2012.8.26.0576. Relator Des. Marcondes D'Angelo. Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado. J. 30-10-2014).

Acesso ao Sumário

"*Deserção. Insuficiência de preparo. Não ocorrência. Regular recolhimento. Taxa equivalente a 2% sobre o valor fixado na sentença ou*

arbitrado pelo juízo, e não sobre o valor da causa. Preliminar afastada." (Apelação Cível nº 0123249-62.2012.8.26.0100. Relator Des. Elcio Trujillo. Décima Câmara de Direito Privado. J. 29-07-2014).

"*Recurso. Apelação dos réus. Deserção. Inocorrência. Recolhimento correto verificado. Hipótese de pedido condenatório. Preparo da apelação calculado com base no valor da condenação e não sobre o valor da causa. Art. 4º, § 2º, da Lei Estadual nº 11.608/03. Recurso conhecido.*" (Apelação Cível nº 0034644-96.2008.8.26.0451. Relator Des. Luiz Antonio de Godoy. Primeira Câmara de Direito Privado. J. 17-12-2013).

3. Quanto aos apelos interpostos, incialmente cabe consignar que a relação de consumo existente é notória, sendo o réu prestador de serviços e a paciente, ora autora, consumidora.

Na presente hipótese, a requerente foi submetida a procedimento cirúrgico de caráter estético, qual seja, *lifting*, sendo incontroverso que a requerente teve seu globo ocular direito perfurado no transcurso do procedimento cirúrgico para a correção final da pálpebra.

A prova técnica concluiu que durante o ato cirúrgico ocorrera um acidente ocular, fls. 324, item 2, o que exige reconstrução associada a uma retinopexia e procedimento corretivo com necessidade de terceira intervenção.

Ademais, o conteúdo da prova pericial apresenta a integrante do polo ativo como portadora de perda da função do olho direito, bem como perda importante da acuidade visual monocular, com prejuízo da visão binocular e profundidade, além de prejuízo estético de grau leve a moderado, fls. 325.

Importante anotar que as cirurgias estéticas não se enquadram como obrigação de meio, mas sim de resultado, consoante entendimento jurisprudencial consolidado:

"*De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido.*" (AgRg nos EDcl no AREsp nº 328.110/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 19-09-2013).

"*A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação.*" (REsp nº 1.395.254/SC. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. 15-

Acesso ao Sumário

10-2013).

"*A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.*" (REsp nº 236.708/MG. Relator Convocado Ministro Carlos Fernando Mathias. Quarta Turma. J. 10-02-2009).

Desta forma, configurada a inobservância dos cuidados necessários por parte do requerido por ocasião da cirurgia, sendo a sequela existente vinculada estritamente à ação desenvolvida pelo integrante do polo passivo.

Com efeito, a autora sofreu dor na acepção do termo, além da angústia e desgosto no transcurso das outras cirurgias, bem como no tratamento médico correspondente, o que também ocasionou ampliação da aflição psicológica.

Assim, os danos morais estão demonstrados, sendo inclusive *in re ipsa*, ante a relação de consumo existente e atividade médica vinculada ao resultado, haja vista se tratar de cirurgia plástica com escopo de embelezamento.

Outrossim, também está caracterizada a lesão estética, já que o olho atingido apresenta aspecto diferente do outro olho, verificando-se a queda palpebral, como demonstra a foto de fls. 315, a ponto inclusive de quase não se destacar o olho em si, isto é, com abertura diminuta do referido órgão.

Impende registrar que os danos morais e estéticos não se confundem.

Como bem observado pelo MM. Juiz sentenciante a distinção é manifesta, uma vez que o dano estético está voltado para fora, vulnera o corpo, desfigura a silhueta, a beleza e a plástica, corresponde ao patrimônio da aparência, ao passo que o dano moral é intrínseco, está voltado para dentro, afeta os sentimentos, marca a alma, penetra nos domínios da emoção, incorpora-se ao psiquismo e integra a essência da pessoa, constitui o acesso da consciência, portanto, definições bem profundas expondo de modo pormenorizado no que consiste cada um dos danos em referência.

Desta maneira, o dano estético também está configurado, ante a alteração na exteriorização do rosto da requerente de forma anômala, sendo completamente perceptível a diversificação na comparação dos olhos.

Por outro lado, as verbas reparatórias devem ser compatíveis com as peculiaridades da demanda, por conseguinte, a majoração das indenizações deve

Acesso ao Sumário

ocorrer, haja vista o sofrimento atroz vivenciado pela integrante do polo ativo, que teve que passar por vários procedimentos cirúrgicos, ressaltando ainda que quem se submete a cirurgia plástica tem capacidade financeira proporcional aos custos.

Destarte, a ampliação da reparação por prejuízos extrapatrimoniais para R$ 100.000,00 e da indenização por danos estéticos para R$ 25.000,00 leva em consideração o equilíbrio, bem como observa o aspecto econômico em relação às partes envolvidas.

A jurisprudência assim entende:

"*O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.*" (EDcl no REsp nº 845.001/MG. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. J. 08-09-2009).

"*O arbitramento do valor indenizatório por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser majorado quando se mostrar incapaz de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos. Recurso especial provido, em parte.*" (REsp nº 880.349/MG. Relator Ministro Castro Filho. Terceira Turma. J. 26-06-2007).

Os juros de mora de 1% ao mês permanecem conforme estabelecidos na r. sentença apelada, devendo incidir a contar do evento danoso, ou seja, da data da realização da cirurgia, em 24/05/2010, enquanto que a atualização monetária é a partir do arbitramento definitivo, ou seja, do presente julgamento até o efetivo pagamento, observando-se a tabela prática do Tribunal de Justiça.

4. De outra banda, os danos materiais também ficaram demonstrados, destacando-se que a autora ainda necessita se submeter a outros procedimentos médicos, visando à recuperação, ainda que parcial, da função do olho direito.

Deste modo, cabe ao réu pagar as despesas correspondentes aos prejuízos patrimoniais, salientando-se que não se trata de pedido genérico, mas sim específico, e abrange o tratamento necessário a fim de que a paciente vá em busca da cura, sendo que a perita mencionou expressamente no que consiste o tratamento médico oftalmológico contínuo e especializado, tendo destacado a necessidade de utilização de colírios, pomadas, medicamentos sistêmicos, além de transplante de córnea.

5. No que tange aos lucros cessantes, estes deveriam ter sido apresentados de plano, contudo, isso não ocorreu, pois como suporte ao referido pleito o polo ativo se limitou a se reportar à declaração de imposto de renda, o que é insuficiente.

Acesso ao Sumário

Além disso, não ficou demonstrado que a requerente não pudesse seguir regularmente exercendo as atividades habituais, atentando-se ainda à faixa etária que se encontra, corroborado com o fato de a autora possuir catarata relacionada a idade no olho esquerdo, que não tivera nenhuma relação com o olho direito que sofrera a perfuração no globo ocular, fls. 315, além de ser portadora de *diabetes mellitus*, fls. 322, o que compromete ambos os olhos.

6. No mais, a sucumbência permanece recíproca, em observância ao desfecho da demanda, por conseguinte, nada há para ser modificado.

7. Por último, conforme adverte Mário Guimarães: "*não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que, se o juiz acolhe um argumento bastante para sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não.*" ("O Juiz e a Função Jurisdicional", 1ª ed., Forense, 1958, § 208, pág. 350).

Frise-se, ainda, que não se exige do Juiz "*que rastreie e acompanhe pontualmente toda a argumentação dos pleiteantes, mormente se um motivo fundamental é poderoso a apagar todos os aspectos da controvérsia.*" (RT 413/325). No mesmo sentido, RJTJESP 179/221, dentre outros inúmeros julgados.

8. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento em parte ao apelo da autora, e nega-se provimento ao apelo do réu e ao agravo retido da requerente.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008937-61.2011.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes J.C.J.S. e S.B.C.S., é apelado W.V.J. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.898)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente) e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 10 de março de 2015.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível.

Ação de reconhecimento de união estável "post

mortem" e de direitos sucessórios do companheiro sobrevivente – Sentença que reconheceu a união estável havida entre o autor e a falecida conforme pretendido, afastando a aplicação do disposto no artigo 1.790 do Código Civil para atribuir ao autor a totalidade da herança – Insurgência recursal limitada à discussão acerca dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente – Réus que, na qualidade de irmão e cunhada da falecida, pleiteiam o reconhecimento de sua condição de herdeiros em observância ao disposto no artigo 1.790 do Código Civil – Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil por força de cláusula de reserva de plenário consagrada pela Súmula Vinculante nº 10 do Egrégio Supremo Tribunal Federal – Reforma da R. Sentença – Determinação de que a partilha feita seja com base no comando de respectivo dispositivo legal – Condição de herdeiros dos réus reconhecida na forma do artigo 1.790, inciso III, do Código de Processo Civil – Reconhecido o direito do autor a tão somente um terço da herança deixada pela falecida, mantido seu direito real de habitação sobre o imóvel em que reside.

Dá-se provimento em parte ao recurso.

VOTO

1. Trata-se de ação de reconhecimento de união estável "*post mortem*" e de direitos sucessórios do companheiro sobrevivente movida por W.V.J. em face de J.C.J.S. e S.B.C.S., irmão e cunhada da falecida M.R.J.S., em que se pretende o reconhecimento da existência da união estável havida entre o autor e a falecida nos dois anos que antecederam o óbito, ocorrido em 10.04.2010, além do reconhecimento dos seus direitos sucessórios, "*tornando o autor titular dos bens deixados por M.R.J.S. ou, alternativamente, o direito 'vidual ou de habitação' de uso e posse do apartamento onde vive*" (fls. 18).

A ação foi julgada procedente em parte para o fim de reconhecer a união estável havida entre o autor e a falecida M.R.J.S. no período pretendido e atribuir ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança deixada pela companheira falecida, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil (fls. 193/213).

Inconformados, apelam os réus. Postulam, em síntese, a reforma da R. Sentença para que sejam negados os direitos sucessórios do autor sobre os

Jurisprudência - Direito Privado

bens da falecida. Alegam que todos os bens por ela deixados foram adquiridos antes do início de qualquer relacionamento amoroso com o autor, não havendo falar, assim, em direito sucessório do mesmo. Alternativamente, pleiteiam a aplicação do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, para que seja atribuído ao autor apenas um terço da herança. Pleiteiam, ainda, a improcedência do pedido de reconhecimento do direito real de habitação sobre o imóvel deixado pela falecida (fls. 216/232).

Processado regularmente o recurso, houve a juntada das contrarrazões a fls. 240/246.

É o relatório.

2. O recurso merece ser em parte provido.

A insurgência recursal limita-se aos eventuais direitos sucessórios do companheiro sobrevivente, ora apelado. Pretendem os sucessores da falecida (irmão e cunhada), ora apelantes, que sejam negados os direitos sucessórios do apelado sobre a herança da falecida companheira. Alegam que todos os bens por ela deixados foram adquiridos antes do início de qualquer relacionamento amoroso com o companheiro sobrevivente, não havendo falar, assim, em direito sucessório do mesmo. Alternativamente, pleiteiam a aplicação do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, para que seja atribuído ao autor apenas um terço da herança.

Inicialmente, convém esclarecer que *companheiro* é *meeiro* dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável e *herdeiro* com relação aos restantes 50%. No caso em tela, sendo o primeiro apelante irmão da falecida, portanto colateral, é aplicável, em tese, a regra do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, em que o companheiro herda um terço do mencionado percentual residual de 50%. Ressalte-se que, em relação a outros bens particulares da falecida, o companheiro não é herdeiro. Transcreva-se:

"*A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:*

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança."

Registre-se que acerca da interpretação a ser dada à referida norma,

Acesso ao Sumário

foi determinada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal a observância da cláusula de reserva de plenário consagrada pela Súmula Vinculante nº 10 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em face do já decidido pelo Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010.8.26.0000, em V. Acórdão relatado pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cauduro Padin, em 14.09.2011, sem se olvidar da posição também já pacificada naquele Colendo Órgão acerca da desnecessidade de nova decisão sobre a mesma matéria, nos termos do que dispõe o artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pela ausência de motivo relevante que justifique a reapreciação da matéria (TJSP, Órgão Especial, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0146021-62.2011.8.26.0000, Relator Des. Roberto Mac Cracken, j. 14.12.2011).

Dessa forma, reconhecida a constitucionalidade do dispositivo legal pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, aplicável é a norma do artigo 1.790 do Código Civil para regular a sucessão aqui em apreciação, na forma de seu inciso III, que prevê a concorrência do companheiro "*com outros parentes sucessíveis*", no caso os apelantes na condição de colateral e esposa, com direito a "*um terço da herança*" somente "*quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*", sem prejuízo de sua meação. Os bens particulares da falecida são transmitidos, por seu turno, exclusivamente aos apelantes, colateral e esposa.

Assim, o recurso deve ser em parte provido para o fim de reconhecer o direito do apelado a tão somente um terço da herança deixada pela companheira M.R.J.S., mantendo-se o direito real de habitação do apelado sobre o imóvel em que reside.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu advogado e as custas e despesas processuais serão divididas meio a meio.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005528-97.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante SONIA MARIA MORENO LIMA, é apelada EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - EMBRATEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4699)**

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO DE CANCELAMENTO POR TELEFONE ADMITIDO PELA FORNECEDORA DO SERVIÇO. ÔNUS DA PROVA DA PRESTADORA DO SERVIÇO. Insurgência contra sentença de improcedência. Consumidora negativada depois de haver pedido cancelamento do serviço por telefone. Reforma. Relação consumerista. Impossibilidade de o consumidor demonstrar o teor das ligações admitidas pela empresa prestadora do serviço. *Probatio diabolica* caracterizada para o consumidor, não para a fornecedora, que poderia ter tomado as devidas cautelas de registro dos pedidos de sua cliente. Ônus da empresa fornecedora em demonstrar a regularidade da dívida. Dívida inexistente e negativação indevida. Danos morais configurados. Condenação. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de págs. 70/71, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Santo André, que julgou improcedente os pedidos declaratório e indenizatório, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa, observadas as regras da Lei nº 1060/50.

Acesso ao Sumário

Pleiteia a apelante a reforma do julgado, alegando, em síntese, que a apelada trouxe informações sobre as tratativas realizadas pela autora; que em seus sistemas consta, inclusive, isenção das faturas de julho e agosto de 2013; que não comprovou a prestação de serviços a partir de agosto; que a própria apelada trouxe o número do protocolo referente ao pedido de cancelamento; que os fatos descritos pela autora são coerentes; e, finalmente, que a apelante não fez uso dos serviços.

Apresentadas as contrarrazões (págs. 85/91), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de dívida cumulada com indenização por danos morais decorrentes da indevida negativação do nome da autora que alega ter cancelado os serviços de TV a cabo.

Inconformada com a improcedência dos pedidos, a autora insurge-se nesta oportunidade.

Assiste-lhe razão.

Em que pese o entendimento do MM. Juízo *a quo*, **não cabia à autora** demonstrar o cancelamento do contrato de prestação de serviços de TV a cabo, nos termos da regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 333, I, do CPC).

No caso, **cabia à empresa de telecomunicações ré** - como fornecedora de serviços - provar a regularidade das dívidas apontadas em nome da autora.

Ora, a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica, segundo o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal.

Essa norma constitucional aponta a necessidade de a atividade econômica ser adequada à proteção de consumidor.

Afinal é ele, consumidor, quem tem a posição mais fragilizada nas relações de mercado.

Deve-se considerar, ainda mais, que essa fragilidade tornou-se ainda mais evidente e potencializada com as privatizações, ocorridas a partir da década de noventa do século passado, e com abertura para particulares da exploração de serviços, por via de concessão pública, para atender a milhões de pessoas.

Naturalmente, a contratação e cancelamento desses serviços, não obstante continuados no tempo, tornaram-se mais fluidos, passando a ser feitos de maneira informal, muitas vezes sem registro escrito, por telefone, como no caso em exame.

Com isso, torna-se evidente a dificuldade de o consumidor demonstrar seus pleitos - inclusive o de cancelamento - junto à prestadora do serviço.

Para o consumidor, é evidente, coloca-se uma verdadeira *probatio diabolica* na demonstração de qualquer pedido formulado de forma oral junto à fornecedora do serviço.

Diversamente, para esta última tal não ocorre, pois tem toda a condição e capacidade de proceder ao registro eletrônico, de texto ou voz, da demanda formulada pelo adquirente de seu serviço.

Como, infelizmente, em muitos casos, não há esse cuidado por parte das empresas, tornou-se notório o fato de usuários terem grandes dificuldades para cancelar os serviços de telefonia e de TV a cabo (como a presente).

Tal situação, é fácil compreender, é indesejada pela empresa, cujo interesse é a manutenção do cliente e de seus pagamentos.

A esse propósito, no caso em exame neste processo, verifica-se que a

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

própria empresa ré reconhece que a autora lhe contatou diversas vezes, inclusive para cancelamento dos serviços (p. 30).

Não obstante, tal fato, a demandada não trouxe aos autos qualquer prova de suas inciativas e esforços para atender *com eficiência* o pleito do consumidor.

Assim, diante da evidente relação consumerista entre as partes, da verossimilhança nas alegações da autora e da sua evidente hipossuficiência técnica para demonstrar o teor dos inúmeros contatos telefônicos por ela realizados (fato incontroverso), deve-se reconhecer que a demandada não se desincumbiu do ônus de demonstrar a regularidade da dívida por ela reclamada.

Ao não se desincumbir desse ônus, tem-se que a negativação do nome da autora, em 13/10/2013, no valor de R$ 279,46, é indevida e lesiva.

Conforme entendimento jurisprudencial, os danos morais são presumíveis e devem ser reparados:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. DANO* IN RE IPSA. *VALOR ARBITRADO MODERADAMENTE. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *I.* ***A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a inscrição indevida em cadastro restritivo gera dano moral*** **in re ipsa*****, sendo despicienda, pois, a prova de sua ocorrência***.
>
> *II. O valor arbitrado a título de reparação de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja irrisório ou exagerado, o que não ocorre no presente caso.*
>
> *III. Agravo improvido.* (AgRg no Ag nº 1222004/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 16/06/2010 - sem destaque no original.)

No mesmo sentido, o enunciado nº 24 desta C. Câmara, parte final: *III -* ***A indevida inscrição, por si só, gera indenização por dano moral, dispensada a prova do abalo à honra e à reputação do lesado***.

À míngua de expressa disposição legal, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o grau de culpa, a extensão do dano e a condição financeira das partes, tem-se que R$ 5.000,00 (cinco mil reais), é suficiente e adequado para atender integralmente aos critérios informadores do instituto da responsabilidade civil.

Sobre referido montante deve incidir correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o arbitramento e juros legais de mora desde a citação, nos termos da Súmula nº 262 do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do artigo 219 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Por força do acolhimento da pretensão inicial, invertem-se os ônus de sucumbência, arcando a ré com as despesas processuais e com os honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Por todo o exposto, **dá-se provimento ao recurso de apelação**, para julgar procedentes os pedidos formulados pela autora, declarando a inexistência da dívida e determinando o cancelamento da anotação restritiva, além condenar a empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais, nos termos acima referidos, e nos encargos da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4005115-05.2013.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado/apelante SERRARIA MILDAU LTDA. (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado EXPRESSO LIMEIRA DE VIAÇÃO LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.148)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente) e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 19 de março de 2015.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - Protesto indevido em face da autora - Débito já pago - Evidente a legitimidade *ad causam* passiva de ambos os apelantes - Responsabilidade objetiva dos réus pelo ilícito - Danos morais "in re ipsa" decorrentes da ofensa ao bom nome e conceito social - Pessoa jurídica pode ser sujeito de dano moral - Inteligência da Súmula 227 do STJ - Critérios de fixação da indenização - Função ressarcitória e punitiva da reparação - Devida a manutenção do *quantum* indenizatório em R$ 10.000,00, valor este consentâneo com o patamar indenizatório fixado para casos análogos - Sentença mantida - Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 110/114 dos autos, que julgou procedente a ação indenizatória ajuizada por EXPRESSO LIMEIRA DE VIAÇÃO LTDA. em face de BANCO SANTANDER BRASIL S/A E SERRARIA MILDAU LTDA., para declarar a inexigibilidade do título apontado na inicial, cancelando o respectivo protesto, e condenar os requeridos ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

Fê-lo a r. sentença, basicamente sob o argumento de que a autora logrou êxito em demonstrar o pagamento do débito que foi objeto de protesto.

Entendeu o MM. Juiz de primeiro grau que a responsabilidade pelo protesto indevido é objetiva, e pode ser imputada tanto à Serraria que contratou com a autora e emitiu nova duplicata com base no mesmo negócio, como ao Banco Santander, que recebeu o título mediante endosso translativo e o levou a protesto.

O BANCO SANTANDER BRASIL S/A recorreu às fls. 123/138 dos autos, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade *ad causam* passiva. No mérito, sustenta que agiu em exercício regular de direito ao protestar título de crédito não pago. Afirma que o mero aborrecimento sofrido pela demandante não constitui dano moral, e questiona o valor concedido a título de indenização, a seu ver muito elevado.

Já a SERRARIA MILDAU LTDA. apelou às fls. 163/177 dos autos, também arguindo, em sede de preliminares, sua ilegitimidade para o feito. No mérito, sustenta a ausência de responsabilidade pelo ocorrido e de dano moral indenizável. Igualmente impugna o valor da indenização por danos morais, e pede o prequestionamento da matéria debatida no recurso, bem como seu provimento.

Os apelos foram contrariados (fls. 220/224).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1. As preliminares de ilegitimidade *ad causam* passiva confundem-se com o mérito da demanda, e serão com ele analisadas.

Nenhum dos recursos comporta provimento.

A presente ação foi proposta pela autora a fim de ver reconhecida a inexigibilidade do débito apontado na inicial, e de obter a reparação dos danos morais que alega ter sofrido em razão do protesto de dívida já paga.

A ação foi julgada procedente para declarar a inexigibilidade do débito indevidamente cobrado e levado a protesto, e para condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais.

Entendeu o MM. Juiz de primeiro grau que havia prova nos autos de pagamento da dívida que motivou o protesto levado a efeito contra a autora, e que a responsabilidade dos réus pelo ocorrido era objetiva, dada a natureza consumerista da relação havida entre as partes.

2. Assiste razão ao MM. Juiz de primeiro grau em tal entendimento.

Não custa lembrar que o caso analisado trata de relação de consumo, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois a requerente deve ser considerada consumidora equiparada, por força do que dispõem os artigos 12 e seguintes da L. 8.078/90.

A responsabilidade dos fornecedores de produtos ou serviços pelos danos causados aos consumidores em decorrência de suas atividades comerciais é objetiva. A lei expressamente dispõe que, nestes casos, o ônus da prova inverte-se em favor do consumidor, recaindo sobre os réus, no caso concreto, o ônus de realizar a prova negativa do direito da autora.

No caso em tela, a própria requerente demonstrou às fls. 18/21 o pagamento do débito cujo título foi indevidamente levado a protesto pela ré (fls. 17).

Destarte, a mera ocorrência do dano e o nexo causal com o exercício da atividade comercial dos réus já é suficiente para configurar o dever de indenizar.

3. Nem se alegue que a responsabilidade pelo protesto indevido no caso em tela é exclusiva da Serraria ou do Banco Santander, conforme alegaram os réus em seus recursos.

Por um lado, não há como eximir a Serraria da responsabilidade pelo protesto indevido contra o demandante. A duplicata mercantil emitida por ela para consubstanciar a relação jurídica havida entre as partes não poderia ter sido encaminhada a protesto se já fora pago o respectivo débito. Sendo assim, imperiosa a sua condenação ao pagamento de indenização pelos prejuízos extrapatrimoniais causados.

4. Da mesma forma, o Banco Santander responde pelos prejuízos sofridos pelo demandante, pois é corrente o entendimento de que aquele que recebe duplicata em operação de desconto e a leva a protesto sem verificar devidamente a sua regularidade pode ser responsabilizado pelo ocorrido.

Sobre o assunto, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça o seguinte:

"*RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. CARÁTER PREQUESTIONADOR. DESCABIMENTO. COMERCIAL. DUPLICATA. FALTA DE ACEITE. COMPROVANTE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA. ENDOSSATÁRIO DE BOA-FÉ. INOPONIBILIDADE. SACADO.*

(...) II - A duplicata não aceita e desprovida do comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços não pode ser oposta ao sacado,

mesmo pelo endossatário de boa-fé, a quem se resguarda o direito de regresso contra o endossante. (...) Recurso parcialmente provido, apenas, para exclusão da multa dos embargos declaratórios” **(REsp nº 770403/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, d.j. 25.04.2006).**

Também já asseverou o C. Superior Tribunal de Justiça que “*o banco endossatário tem legitimidade passiva para figurar em ação em que se postula a nulidade do título e a indenização em decorrência de protesto indevido*” **(AgRg nos EDcl nº Ag 1.035.084-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20/11/2008)**. No mesmo sentido também já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo: **Apelação Cível nº 0013252-18.2009.8.26.0564, 11a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 28.07.2011.**

Outro recente julgado sobre a matéria proferido por este E. Tribunal de Justiça amolda-se como luva ao caso em tela, e não se distancia do entendimento aqui esboçado, como se pode notar do excerto a seguir transcrito:

“*Como o corréu recebeu o título da emitente em operação de desconto, tornando-se titular dos direitos creditícios, tinha a obrigação de investigar a existência e regularidade do negócio jurídico subjacente, notadamente porque se cuidava de duplicatas não aceitas pela sacada.*

Certamente não cumpriu o endossatário esta obrigação, pois do contrário teria apresentado prova documental da existência da compra e venda mercantil e da entrega das mercadorias para a sacada.

De fato, se o Banco apelante tivesse mesmo feito as averiguações necessárias, por certo teria apurado o vício que maculava os títulos. E tal conduta se inseria na própria avaliação dos riscos do seu negócio, que exige estudo criterioso sobre as empresas que vendem os créditos, assim como verificação do grau de solvabilidade dos adquirentes de seus produtos, enfim uma série de precauções e análises, com a verificação, preliminarmente, do real recebimento dos produtos que originaram os títulos de crédito.

Por conseguinte, se não se desincumbiu desse ônus, o Banco assumiu para si os riscos da operação, inclusive o de não ter existido o negócio subjacente que daria causa ao título, sobretudo porque se tratava de duplicata não aceita e sequer acompanhada de qualquer prova da entrega de mercadorias.

Logo, na medida em que levou o título a protesto, sem aquela verificação prévia, assumiu também o risco de causar prejuízo ao terceiro que indevidamente figurava no título como devedor, daí estando na obrigação de responder pelos danos conseqüentes” **(Apelação Cível nº 9053718-46.2006.8.26.0000, Rel. Des. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 25.08.2011)**.

Como se vê, inegável tanto a legitimidade *ad causam* passiva dos réus como sua responsabilidade pela cobrança indevida.

5. Quanto à questionada existência de dano moral no caso em tela, forçoso

Acesso ao Sumário

reconhecer que o abalo ao crédito e às relações comerciais, que afetam o bom nome e o conceito social da pessoa são indenizáveis, consoante o entendimento iterativo de nossos tribunais **(RT 758/192, 751/282, 747/289, 745/221, 747/267, entre outros)**.

Ademais, é tema absolutamente pacífico (Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça), e hoje positivado no artigo 52 do novo Código Civil, que as pessoas jurídicas são titulares de certos direitos da personalidade e podem sofrer danos morais.

No dizer de **Sérgio Cavalieri Filho**, "a pessoa jurídica, embora não seja passível de sofrer dano moral em sentido estrito - ofensa à dignidade, por ser esta exclusiva da pessoa humana -, pode sofrer dano moral em sentido amplo - violação de algum direito da personalidade -, porque é titular de honra objetiva, fazendo jus a indenização sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito. Modernamente fala-se em honra profissional como uma variante da honra objetiva, entendida como uma variante da honra objetiva, entendida como valor social da pessoa perante o meio onde exerce sua atividade". **(Programa de Responsabilidade Civil, 7a ed., Atlas, p. 94)**.

Em última análise, o que se indeniza é o dano à imagem da pessoa jurídica, fator essencial para sucesso da empresa, diante do meio em que desempenha suas atividades. O que se preserva é a formação da imagem abstrata e não visual, da entidade diante do mundo dos negócios e do próprio consumidor **(cfr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade, Editora Renovar, p. 98)**.

No caso dos autos, evidente que o protesto indevido, por si só, implica ofensa ao bom nome, ao conceito do qual a autora desfrutava no mercado. O fato gera um abalo na confiabilidade e respeito de que goza tanto perante os consumidores como perante outros fornecedores de serviços, dos quais eventualmente necessita na perseguição de seu objetivo social.

6. E no que diz respeito à reparação dos prejuízos extrapatrimoniais causados, imperioso observar que a fixação valor da indenização deve levar em conta suas funções ressarcitória e punitiva.

Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu **(Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62)**. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento **(Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, ps. 220/222; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190)**.

Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação.

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

No caso concreto, revela-se adequado o montante de R$ 10.000,00 fixado pelo MM. Juízo *a quo* para a indenização por danos morais, porquanto compatível com o patamar indenizatório fixado em casos análogos pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

Lembre-se que a indenização não pode ser irrisória a ponto de não cumprir sua função de impedir a reiteração da conduta lesiva pelos réus.

7. Por fim, quanto ao pleito de prequestionamento, não se exige enumeração ou interpretação expressa de dispositivos legais, pois "não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa substituição de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico" **(Embargos de Declaração nº 147.433-1/4-01, São Paulo, 2ª Câmara Civil, citados nos Embargos de Declaração nº 199.368-1, julgado pela 1ª Câmara, Relator Desembargador Guimarães e Souza).**

Como é cediço, "para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial" **(RSTJ 157/31, 148/247, RT 659/192, entre dezenas de outras)**.

8. Em suma, a sentença recorrida deu correta solução à lide e não comporta qualquer reparo.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003645-02.2002.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que são apelantes ELIAS SANTOS FEITOSA (JUSTIÇA GRATUITA) e ELZA SANTOS FEITOSA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados FORMÁGGIO CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. e OTIL - ORGANIZAÇÃO TÉCNICA EM IMÓVEIS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo retido e parcial provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.487)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

EMENTA. Rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel. Vícios construtivos comprovados através de perícia judicial. Culpa exclusiva da vendedora. Devolução dos valores pagos de uma só vez. Benfeitorias realizadas por possuidores de boa-fé. Indenização devida. Indenização por danos morais devida. Situação excepcional caracterizada. Ilegitimidade passiva da imobiliária que intermediou o negócio. Agravo retido provido. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 423/426, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de rescisão contratual c.c. indenização por danos materiais e morais movida por Elias Santos Feitosa e outra em face de Formagio Construtora e Incorporadora Ltda. e outra.

Os autores pleiteiam a reforma da r. sentença pelas razões de fls. 429/433.

Recurso recebido (fls. 434) e sem apresentação de resposta (fls. 437).

É o relatório.

De início, conheço do agravo retido de fls. 383/388, eis que reiterado nas razões de apelação. Determinada a exibição de documentos às fls. 166 e 168, a não apresentação dos documentos pelos sócios da ré implica a aplicação da penalidade prevista no art. 359, do CPC, com exceção do ex-sócio Fernando Jucá Vieira de Campos, o qual comprovou a sua retirada da sociedade em que era quotista minoritário e não exercia administração. Em que pese as tentativas de intimação dos sócios terem sido frustradas, as rés possuíam advogados constituídos nos autos e as intimações foram realizadas através do órgão oficial, nos termos do art. 236, do CPC.

No mérito, as partes celebraram entre si compromisso de compra e venda de imóvel que teve como objeto um apartamento situado no Condomínio Residencial Céu Azul (fls. 20/30).

Todavia, após a entrega do imóvel, os autores se depararam com a existência de vícios construtivos no imóvel.

A prova pericial produzida nos autos concluiu que: *Esta alvenaria*

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

apresenta fissuras em forma de "escada", que acompanham a argamassa de assentamento, sendo que a causa provável sejam decorrentes de excessivo carregamento de compressão, isto é, ao ser comprimida a argamassa deforma mais que os blocos de concreto, tendendo a expandir lateralmente e transmitindo tração lateral aos blocos. Esses esforços laterais de tração são responsáveis pelas fissuras na argamassa. Essas fissuras, tanto aparecem do lado interno como do lado externo nas fachadas do prédio, e transmitem umidade para o lado de dentro, danificando a pintura. A umidade que aparece junto à esquadria do dormitório e da área de serviço se deve provavelmente à não estanqueidade dessas esquadrias, permitindo a entrada de água da chuva. (fls. 399/400).

Em que pese os mencionados vícios construtivos existentes no imóvel não comprometerem a estrutura do imóvel, causam desgosto e dissabores aos seus habitantes, notadamente por se tratar de vícios aparentes e que demandam pinturas periódicas, conforme atestado pelo perito as fls. 401/402, demonstrado através das fotografias de fls. 409/417.

Os compradores não podem ser compelidos a morar no imóvel adquirido que apresenta defeitos construtivos aparentes, que necessitam de reparos periódicos.

A entrega do imóvel pela construtora com defeitos construtivos caracteriza inadimplemento contratual. Assim, de rigor a rescisão do contrato por culpa da vendedora.

Sobre o tema, confira-se o julgado desta C. Corte:

> **Apelação nº 0003292-19.2006.8.26.0281** - *Vícios ocultos - Redibição e resolução contratual - Sentença de improcedência. Inconformismo - Acolhimento - Afasta-se a preliminar da decadência, eis que o termo inicial do lapso extintivo, em caso de vício oculto, dá-se com a respectiva ciência pelo prejudicado - Restaram comprovados os vícios construtivos apontados pelos autores, o que se extrai das conclusões do laudo pericial - Reconhecimento do direito tanto à redibição quanto à resolução do contrato por inadimplemento, justificando-se a devolução das quantias pagas, bem como a compensação por benfeitorias e direito de retenção. Recurso provido.* (9ª Câmara de Direito Privado, Rel. PIVA RODRIGUES, j. 29/04/2014).

Acesso ao Sumário

Rescindido o contrato, as partes devem ser imediatamente restituídas ao estado anterior. Ressalte-se que a devolução de todos os valores pagos pelos compradores é mera consequência da rescisão contratual, considerando que a rescisão contratual ocorreu por culpa exclusiva da vendedora, nos termos da Súmula nº 3, do TJSP.

Feitas tais considerações, todos os valores pagos pelos autores devem ser restituídos, com incidência de correção monetária desde o desembolso de cada

parcela e juros de mora a partir da citação, nos termos do artigo 405, do CC.

Esta C. Corte consolidou o entendimento no sentido de que a devolução dos valores pagos pelos compradores deve ser realizada de forma imediata e em parcela única, nos casos de rescisão do compromisso de compra e venda de imóvel. Sobre o tema, a Súmula nº 2, do TJSP: *A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.*

Por outro lado, os impostos, taxas de condomínio e despesas de consumo (contas de água, luz, etc) que incidiram sobre o imóvel durante o período de ocupação são de responsabilidade dos compradores, de modo que devem ser abatidos do valor a ser restituído se verificada a falta de pagamento.

Nesse sentido, a lição de JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JR.: *Os impostos predial, territorial urbano e territorial rural (...) incidem não somente sobre a propriedade e o domínio útil, como também sobre a posse, sendo considerado contribuinte do imposto "o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título", tudo nos termos dos arts. 29, 31, 32 e 34 do CTN.* (Compromisso de compra e venda, Editora Malheiros, 5ª edição, 2006, pág. 310).

Além disso, as benfeitorias foram realizadas por possuidores de boa-fé, de modo que devem ser indenizadas, nos termos dos artigos 884 e 1.219, do CC. Nesse sentido as lições de ARNALDO RIZZARDO:

Considerando um possuidor o promitente comprador, não há como negar-lhe o direito à indenização. Não procedeu de má fé ao construir o prédio. Quando prometeu comprar o imóvel, naturalmente presumiu-se que ele pretendia pagar e saldar as prestações na integralidade. A superveniência de um motivo de força maior, como impossibilidade financeira, desemprego, doença, etc., tolheu a capacidade de prosseguir nos pagamentos. Compelido a resilir o negócio, não seria justo tirar-lhe o direito à indenização, em benefício do vendedor. E sempre são indenizáveis as acessões e benfeitorias úteis e necessárias, feitas sobre os imóveis, por constituírem uma 'causa debendi' autônoma, decorrente do princípio de que a ninguém é dado locupletar-se com a fortuna alheia, o que encontra respaldo no art. 884 do Código Civil. A indenização passou a figurar como essencial para autorizar-se a rescisão contratual, pois reza o art. 34, da Lei 6.766: "Em qualquer caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, as benfeitorias necessárias ou úteis por ele levadas a efeito no imóvel deverão ser indenizadas, sendo de nenhum efeito qualquer disposição contratual em contrário". Excetuam-se da recomposição econômica as benfeitorias feitas em desconformidade com o contrato ou a lei, conforme ordem do parágrafo único do art. 34. (*in* Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99, 8ª edição, Editora RT, 2010, págs. 225/228).

Acesso ao Sumário

Portanto, a vendedora deve indenizar os compradores pelas acessões e benfeitorias efetuadas no imóvel, salvo aquelas comprovadamente realizadas em desconformidade com a lei, cujo valor e regularidade deverão ser apurados em liquidação de sentença.

Por outro lado, no tocante ao pedido de indenização por dano moral, observa-se que a situação dos autos ultrapassou os limites do mero dissabor. É inegável o sofrimento dos autores, os quais além de terem adquirido a casa própria com vícios construtivos, tiveram que residir por anos em imóvel que apresentava fissuras e infiltrações.

Destarte, diante do nexo de causalidade entre a conduta da vendedora e o prejuízo suportado pelos autores, resta clara a obrigação de indenizar os danos morais.

O valor da indenização deve ser fixado no sentido de desestimular a vendedora na conduta temerária e, de outro lado, não causar o enriquecimento sem causa dos autores. A fixação deve levar em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização, além da observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Inexistindo parâmetro legal para o arbitramento do dano moral, o juiz deve observar, no momento da fixação, o comportamento da vítima, o grau de culpabilidade do ofensor, os efeitos do ato lesivo e a condição econômica de ambas as partes, de modo que o ofensor seja punido pelo que fez e compelido a não repetir o ato, e a vítima seja compensada pelo dano sofrido, sem ultrapassar a medida de compensação, sob pena de provocar seu enriquecimento sem causa.

Feitas estas considerações, mostra-se razoável o valor de R$ 20.000,00 para a indenização por danos morais, com incidência de juros moratórios a contar da citação e correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

Por fim, observo que a ré Organização Técnica em Imóveis Limitada é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação de rescisão contratual de compromisso de compra e venda, tendo em vista que atuou como mera mandatária da vendedora Formagio Construtora e Incorporadora Ltda..

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se o precedente desta C. Câmara:

Agravo de instrumento nº 558.601-4/2-00 - *Rescisão de contrato imobiliário, com pedido de restituição de valores. Ajuizamento também contra a empresa corretora, ao fundamento de que teria recebido as parcelas do preço. Descabimento, já que a simples atuação como mandatária, ou mera gestora de negócios, inclusive angariando clientes através de meios de publicidade, não autoriza quem o faça a responder como se mandante fora. Ilegitimidade passiva da mediadora bem decretada, agravo improvido.* (8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des.

LUIZ AMBRA, j. 08.05.2008).

Invertida a sucumbência, a ré Formagio Construtora e Incorporadora Ltda. deverá arcar com as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, do CPC. Em razão da extinção do feito quanto à ré Organização Técnica em Imóveis Limitada, por ilegitimidade de parte, os autores deverão arcar com as custas e despesas processuais eventualmente despendidas pela corretora, além dos honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, nos termos do art. 20, do CPC.

Por derradeiro e conforme anotado por Theotonio Negrão:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos" (JTJ 259/14). No mesmo sentido RJM 189/207 (AP 1.0024.06.121691-7/001.) in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 44ª edição, Editora Saraiva, 2012, pág. 520.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no E. STJ.

Ante o exposto, meu voto dá provimento ao agravo retido e dá parcial provimento ao recurso, nos termos acima consignados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003226-53.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado HOSPITAL ALEMÃO OSWALDO CRUZ, são apelados/apelantes DEVINO JOÃO ZAMBONIM e MARIA THEREZA MARTINHO ZAMBONIM.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, e para o fim determinado, deram parcial provimento ao recurso principal e julgaram prejudicado o adesivo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.401)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FÁBIO QUADROS (Presidente) e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Danos morais. Cerceamento de defesa afastado. Falta de energia em hospital durante a realização de cirurgia do coautor. Alegação de que o hospital não mantinha equipamentos que evitassem a ocorrência, bem como inadequação da dieta ministrada no pós-operatório e ausência de informações acerca do estado do paciente à sua esposa durante a falha no fornecimento de energia. Considerações acerca da modalidade de responsabilidade de hospitais. Nosocômio que, no caso concreto, responde por falha de prestação de serviços, nos moldes do art. 14 do CDC. Falha no fornecimento que deve ser imputada à concessionária de energia elétrica. Responsabilidade objetiva afastada por culpa exclusiva de terceiro (art. 14, § 3º, do CDC). Grande oscilação no fornecimento de energia que fez com que o sistema de proteção à rede elétrica do hospital desconectasse os geradores principais e geradores menores, de modo a evitar danos mais graves ao circuito elétrico. Sistema de emergência que, no entanto, funcionou a contento, uma vez que o último nível de contingência, consistente no suporte aos equipamentos essenciais mediante o uso de baterias garantiu a preservação da vida do coautor Devino. Dieta ministrada no pós-operatório adequada ao caso clínico em questão. Prova insegura quanto à falta de prestação de informações à esposa do paciente acerca de seu quadro clínico. E, ainda que demonstrada, não se entrevê na circunstância dor ou transtorno excepcionais que ocasionem dano moral indenizável. Dever de indenizar afastado. Recurso dos requeridos provido em parte, prejudicado o recurso adesivo dos autores.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de indenização por danos morais. Sustenta o hospital requerido, preliminarmente, cerceamento de defesa. No mérito, aduz possuir todos os equipamentos exigidos pelas normas técnica para minimizar

falhas no fornecimento de energia, e que a interrupção no fornecimento ocorreu por caso fortuito, excluindo sua responsabilidade. Afirma, ainda, a falta de comprovação de prejuízo sofrido pelo autor e que a dieta ministrada no pós-operatório era adequada ao quadro clínico apresentado.

Recurso adesivo dos autores, pugnando pela majoração dos danos morais e a fixação da verba honorária em 20% sobre o valor da condenação.

Este é o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Não no que diz respeito ao cerceamento de defesa.

O Código de Processo Civil admite o julgamento antecipado da lide sempre que o Juiz, destinatário das provas, entender que as questões fáticas se encontram suficientemente demonstradas e só resta a aplicação do direito. E, no caso, entendendo o digno Magistrado sentenciante que a prova existente no processo era suficiente para a solução da lide bem agiu ao julgar o feito com base no art. 330, I, do Código de Processo Civil, em atendimento aos princípios da economia e celeridade processuais.

Pois bem.

É cediço que a responsabilidade do hospital pode decorrer de dois fatores.

Um deles deriva de erro cometido pelos médicos que compõem seu corpo clínico, hipótese em que a responsabilidade do hospital advém da culpa na escolha do profissional para integrar seu quadro. É o que se denomina culpa *in eligendo*. Aqui, a responsabilidade perante a vítima é objetiva, porém condicionada à constatação da culpa do médico no evento danoso.

O outro fator consiste na falha dos serviços prestados pelo próprio hospital e não pelos médicos que nele atuam. A responsabilidade, no caso, é objetiva e decorre do risco da atividade de prestador de serviços, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Neste particular, já há muito decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que *"(...) a responsabilidade objetiva, nele [art. 14, CDC] prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa)."* (REsp nº 258389/SP - 4ª Turma - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJ 22.08.05).

No caso, os autores buscam a responsabilização do hospital por este último fator. E o fazem fundamentalmente sob o argumento de que a falha no sistema elétrico do nosocômio durante a intervenção cirúrgica sofrida pelo

Acesso ao Sumário

coautor Devino causou-lhes grandes incômodos, decorrentes da administração de dose de anestésico superior àquela exigida em circunstâncias normais, e na angústia de sua esposa, Maria Thereza, que não obtinha da equipe informações fidedignas acerca do estado do marido.

Acrescente-se a isto a alegada administração, no pós-operatório, de dieta inadequada a Devino, pois apropriada a diabéticos, doença que não o aflige. Em consequência, Devino teria experimentado grande mal-estar, evitável caso lhe fosse fornecida dieta apropriada.

Pois bem.

A responsabilidade objetiva ou do risco, decorrente do Código de Defesa do Consumidor, prescinde de culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, pois, insista-se, desloca-se da ideia de culpa para a de risco-proveito ou risco-profissional, fundamentado no princípio de que é reparável o dano causado a outrem, em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável.

Contudo, a responsabilidade objetiva fica afastada se, de acordo com o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, verificar- se que o evento ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

E, no caso concreto, está comprovado que o hospital dispõe de sistema de geradores para, em caso de falha na rede elétrica, evitar a falta de energia em suas dependências, notadamente naqueles equipamentos necessários à manutenção de funções vitais de seus pacientes. Assim é que, de acordo com o informado no documento de fls. 168/174, há três níveis de contingência para o caso de falhas no fornecimento de energia pela concessionária Eletropaulo.

A necessidade destes três níveis advém do fato de que sistemas elétricos possuem meios de evitar danos graves decorrentes de forte oscilação no fornecimento de energia, desconectando circuitos e inviabilizando o acionamento de gerador. É justamente a explicação para a hipótese submetida a julgamento: a grande oscilação no fornecimento de energia pela Eletropaulo fez com que o sistema de proteção desconectasse os geradores principais e geradores menores, de modo a evitar danos mais graves ao circuito elétrico. Porém, o sistema de emergência funcionou a contento, uma vez que o último nível de contingência, consistente no suporte aos equipamentos essenciais mediante o uso de baterias garantiu a preservação da vida do coautor Devino.

Neste sentido, o requerido tomou as precauções devidas para evitar prejuízos decorrentes da queda de energia elétrica em suas dependências e eventual falha no fornecimento deve ser imputada à concessionária de energia elétrica, conforme jurisprudência deste E. Tribunal:

"CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência - Julgamento antecipado da lide - Desnecessidade da realização da prova para o fim colimado -

Acesso ao Sumário

Preliminar rejeitada. RESPONSABILIDADE CIVIL - Ressarcimento de valores desembolsados ao segurado - Prestação de Serviço de Energia Elétrica - Alegação de problemas na rede elétrica que causou avarias em aparelhos de eletrodomésticos ao segurado da autora - Verificada a existência de oscilação de energia na rede elétrica - Responsabilidade objetiva da concessionária que responde pelos danos causados - Dever de indenizar os prejuízos sofridos - Sentença mantida - Recurso não provido." (Apelação nº 0225388-97.2009, 13ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Heraldo de Oliveira, j. 14.12.2011).

Afasta-se, assim, a responsabilidade objetiva do requerido quanto à queda de energia em suas dependências, durante a realização da cirurgia do coautor Devino, insistindo-se que todas as providências foram tomadas para o adequado suporte à vida do paciente, mediante a utilização de baterias, mostrando, em última análise, que o sistema de emergência mostrou-se eficiente.

Tampouco se vislumbra falha na prestação de serviços por administração de dieta inadequada no pós-operatório. De acordo com o manual de dietas do Hospital Alemão Oswaldo Cruz, a dieta consistente em água, chá e gelatina *diet* é utilizada na primeira fase do pós-operatório, por ser de fácil digestão e absorção (fl. 208), não havendo qualquer menção de que esteja circunscrita somente a pacientes diabéticos. Já a dieta leve hipossódica é *"indicada em período intermediário do pós-operatório ou em situações nas quais as funções gastrointestinais estejam moderadamente reduzida."* (fl. 211). Observe-se que Devino necessitou de cirurgia para o tratamento de colecistite calculosa, ou seja, inflamação na vesícula biliar causada por cálculos. Neste sentido, em se tratando de cirurgia no aparelho digestivo, obviamente a dieta pós-operatória deve ser o mais leve possível.

Nem mesmo a alegada - e tampouco comprovada - ausência de informações acerca do estado de Devino à sua esposa Maria Thereza durante o *black-out* configura dano moral indenizável. Tratou-se de situação excepcional, onde a equipe de enfermagem, deparando-se com a falta de energia, certamente concentrou seus esforços em administrar medicamentos e prestar assistência aos pacientes, atividades que têm prioridade. Assim, eventual lapso na prestação de informações, embora preocupante, não causa transtorno excepcional apto a ensejar indenizar por dano moral, por inexistência de ofensa à dignidade humana.

O dever de indenizar deve ser perquirido em função do homem médio, do que razoavelmente ocorre com a sociedade contemporânea ao fato, e não diante das circunstâncias extraordinárias de cada um ou da ofendida. Desse modo, ainda que se lamente o ocorrido, consistente no desencontro na prestação de informações acerca do estado do paciente que se encontrava em centro cirúrgico durante o *black-out*, o fato não é bastante para acarretar à coautora os dissabores extraordinários e capazes de caracterizar dano moral indenizável.

Acesso ao Sumário

Não se encontra no fato transtorno anormal capaz de atentar contra os direitos da personalidade, como a privacidade, valores éticos, honra, nem se pode afirmar que causaria idêntico sofrimento na vida da maioria das pessoas em situação semelhante.

Não se está a dizer que não há sofrimento pela ausência de informações acerca do estado de Devino. O que se está a dizer é, de um lado, que a prova é insegura quanto à falta de prestação destas informações, e, de outro, que, ainda fosse assim, a equipe de enfermagem encontrava-se diante de situação excepcional onde, repita-se, cumpria concentrar seus esforços na administração de medicamentos e cuidados aos pacientes, tarefa que exige atenção em situações normais, quanto mais em meio a um *black-out*, sendo compreensível que não dispensasse a Maria Thereza a atenção por ela esperada, não se entrevendo, contudo, na circunstância dor ou transtorno excepcionais que ocasionem dano moral indenizável.

Deste modo, inexiste prova de falha nos serviços prestados pelo requerido (artigo 333, I, do CPC). E, inexistindo responsabilidade, afasta-se o dever de indenizar.

De rigor, portanto, com a devida vênia do digno Magistrado sentenciante, o parcial provimento do recurso, para afastar os danos morais arbitrados.

Em consequência, fica prejudicado o recurso adesivo dos autores.

Invertem-se os ônus da sucumbência, arbitrando-se os honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (artigo 20, § 4º, do CPC).

Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá parcial provimento ao recurso do requerido, prejudicado o recurso adesivo dos autores.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009695-75.2009.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes MAURILIO FERNANDES (E OUTROS(AS)) e MARIA APARECIDA FERNANDES (E OUTROS(AS)), é apelado O JUIZO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 3 de março de 2015.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: RETFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Retificação dos nomes dos ascendentes dos autores nos respectivos assentos de nascimento e óbito - Admissibilidade - Pedido que visa claramente a retificação para obtenção de cidadania portuguesa - Legitimidade ativa - Ocorrência - Evidente erro/ equívoco, quanto à grafia do nome do avô paterno dos autores (Alfredo, Godofredo ou Godolfredo, ao invés de Godophredo) - Pretensão que não encontra impedimento no ordenamento jurídico - Ausência de prejuízos a terceiros - Precedentes - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra r. sentença proferida em autos de Ação de Retificação de Registro Civil, julgada parcialmente procedente para determinar a retificação dos assentos de nascimento do autores, nos moldes da inicial.

Apelam os autores (fls. 36/42), sustentando a necessidade de reforma parcial da r. sentença recorrida, no tópico que afastou o pleito visando a retificação dos assentos de nascimento e óbito do genitor (Maurílio Fernandes) e do avô paterno (Godophredo Fernandes), sendo patente a legitimidade dos apelantes, já que falecidos os titulares dos registros referidos. Citaram jurisprudência.

Prosseguem os recorrentes dizendo que a retificação visa a obtenção de dupla cidadania, inexistindo prejuízo a terceiros. Aguardam o provimento recursal, retificando-se as certidões de nascimento e óbito do genitor Maurílio Fernandes e do avô paterno Godophredo Fernandes, nos moldes dos itens, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’ da inicial.

O recurso foi recebido pelo r. despacho de fls. 45.

Manifestação ministerial em primeiro grau e parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 48/51 e 58/60, respectivamente), ambos pelo provimento do apelo.

Inicialmente, os presentes autos foram distribuídos à 10ª Câmara de Direito Privado. Lançado o r. despacho de fls. 72, após dilações de prazo, sobreveio a manifestação de fls. 125/126, acompanhada dos documentos de fls. 132 e seguintes.

Sobreveio redistribuição dos autos a esta 8ª Câmara, em cumprimento à r. determinação de fls. 148.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, a fls. 154, reitera o parecer anterior.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A r. sentença recorrida indeferiu o pedido de retificação dos assentos do genitor e avô paterno dos autores, sob o argumento de serem estes últimos partes ilegítimas para a pretensão a esse título deduzida.

No entanto, respeitado o posicionamento do d. Magistrado sentenciante, não há óbice legal para o acolhimento das retificações pretendidas, sendo patente a legitimidade dos apelantes ao pleitear a retificação dos assentos de nascimento e óbito do genitor e do avô paterno.

No mais, incontroverso que os documentos que instruem os autos (cópias das certidões referidas - fls. 12/18), tornam possível o acolhimento do pleito exordial.

As retificações pretendidas visam claramente a obtenção de futura cidadania portuguesa, sendo evidente o erro de grafia do nome do avô paterno dos apelantes (Alfredo, Godofredo ou Godolfredo, ao invés de Godophredo - conforme certidão de fls.10, emitida no país de origem Portugal).

Reitere-se, inexiste óbice legal para a retificação por erro de grafia do nome do ascendente.

Anote-se que este E. Tribunal vem acolhendo pedidos de retificações de assentos em casos semelhantes (com idêntica finalidade, qual seja, a futura obtenção de cidadania estrangeira). Nesse sentido, confira-se julgado publicado na RT 840/248, extraído dos autos da Apelação Cível nº 374.549-4/3, da 3ª Câmara de Direito Privado, que teve como Relator o Desembargador BERETTA DA SILVEIRA:

"REGISTRO CIVIL - Retificação - Pretensão de retificar as grafias dos nomes dos ascendentes italianos do requerente em todos os documentos para obtenção de cidadania italiana - Admissibilidade - Inexistência de qualquer óbice legal.

Ementa da Redação: É cabível a retificação de registro civil para efetuar correções nas grafias dos nomes dos ascendentes italianos do requerente, nos assentos de casamento, nascimento e óbito para posterior pedido de concessão de cidadania italiana, uma vez que para isso é necessário que haja identidade entre os nomes assentados em documentos oficiais do país de origem dos ascendentes, com os lavrados no país de origem dos descendentes, não existindo qualquer óbice de ordem legal."

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido:

"REGISTRO CIVIL - Assento de nascimento - Pedido de retificação de patronímico para obtenção de cidadania italiana - Admissibilidade, por se tratar de simples correção de grafia - Inexistência de ofensa ao princípio da manutenção do sobrenome de família - Recurso provido (Apelação Cível nº 470.377-4/8-00 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: José Luiz Gavião de Almeida - 23.10.07 - V.U.)."

E ainda:

"REGISTRO CIVIL - Nome - Retificação de assentos de casamento, óbito e nascimento visando a obtenção de cidadania italiana - Admissibilidade - Pedido que tem amparo no art. 109 da Lei de Registros Públicos - Erros de grafia comprovados - Recurso provido (Apelação com Revisão nº 3.757.574/0-00 - Presidente Prudente - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: Osni de Souza - 06.09.05 - M.V.)."

Ademais, as retificações pretendidas não se mostram aptas a acarretar qualquer espécie de prejuízos a terceiros.

Pelo exposto, de rigor o acolhimento do apelo para julgar a ação integralmente procedente e, bem assim, que:

a) seja autorizada a averbação da retificação da certidão de nascimento do genitor dos apelantes, **Maurílio Fernandes**, para constar sendo este filho de **Godophredo Fernandes** (ao invés de Alfredo Fernandes);

b) seja retificada a certidão de óbito de **Maurílio Fernandes**, para constar que como sendo filho de **Godophredo Fernandes**;

c) seja retificada a certidão de óbito de Godofredo Fernandes (avô dos apelantes), para constar o nome de **Godophredo Fernandes**;

Fica, no mais, mantida a r. sentença (que determinou a retificação dos assentos de nascimento dos autores).

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para julgar procedente a ação, determinando que se procedam as retificações nos registros, nas formas discriminadas nos itens acima, com as consequentes averbações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001596-50.2013.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que são apelantes GUSTAVO BUENO FRAGUAS e FERNANDA ATIBAIA FRAGUAS, são apelados CLAUDIO CESAR RODRIGUES DE FREITAS (JUSTIÇA GRATUITA) e SHEILA COSTA DE FREITAS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 20434)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente sem voto), JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 13 de março de 2015.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - VÍCIO REDIBITÓRIO - DEFEITOS ENDÓGENOS, DECORRENTES DA CONSTRUÇÃO - CONSTATADOS - DEVER DE INDENIZAR - RECONHECIDO - DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO - NÃO OBSERVADAS - COMPENSAÇÃO DE VALORES DECORRENTES DE OUTRAS AÇÕES JUDICIAIS - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os requeridos ao pagamento do valor estampado na tabela do Anexo I (fl. 300), excluídos os custos dos itens 12 a 15 (fls. 383/385).

Alegam os apelantes ter havido falta de manutenção, confessada pelos autores, bem como o prévio conhecimento destes acerca das trincas na garagem. Apontam falta de esclarecimentos quanto aos itens impugnados na perícia. Afirmam que os apelados visitaram o imóvel inúmeras vezes antes da compra. Asseveram a coincidência existente entre as datas do alegado descobrimento das falhas de construção e das ações que promoveram em face dos autores. Sustentam a decadência do direito dos requerentes, nos termos do artigo 445, § 1º, do Código Civil. Pleiteiam o provimento do recurso.

Regularmente processada, vieram aos autos contrarrazões às fls. 408/415.

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória por meio da qual os autores pleiteiam o ressarcimento por danos decorrentes de vícios ocultos no imóvel adquirido dos réus.

Pois bem. Em análise detida dos autos, nota-se que a demanda envolve

Acesso ao Sumário

vício redibitório, cuja disciplina legal encontra-se prevista do artigo 441 ao 446 do Código Civil. Resta saber, de início, se é caso de defeito oculto e se fora respeitado o prazo decadencial.

Quanto ao primeiro ponto, a perícia deixa claro que as rachaduras/trincas, a umidade nas paredes, os problemas no telhado e na fiação elétrica são problemas da construção, aparecem conforme se opera a acomodação da edificação ao solo, ou seja, têm caráter endógeno e não se relacionam com eventual omissão dos apelados em fazer manutenção periódica (fl. 288).

Aliás, a jurisprudência também entende pela necessidade de reparação em caso de defeitos construtivos:

> VÍCIOS REDIBITÓRIOS - Imóvel residencial - Defeitos Construtivos - Restituição de gastos efetivamente comprovados - Transtornos evidentes - Abalo moral in re ipsa consoante melhor entendimento - Indenização devida nas circunstâncias - Apelo parcialmente provido[1].

No tocante ao segundo ponto, também não se vislumbra a decadência, pois os defeitos tornaram o imóvel impróprio para o uso foram detectados definitivamente com a chuva ocorrida em setembro de 2012. A ação fora proposta em junho de 2013, dentro do prazo de um ano (art. 445, § 1º, do CC), portanto.

Além disso, identifica-se, neste caso, uma pretensão indenizatória e não de rescisão contratual ou abatimento do preço. A reparação civil, como bem se sabe, tem prazo prescricional de três anos, nos termos do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Conclui-se, desta forma, que por todos os lados pelos quais se analisa a questão, não se identifica decadência nem prescrição.

Quanto ao pedido de compensação, este não pode ser acolhido. Apesar de envolver partes credoras e devedoras umas das outras, as demandas são diferentes e tramitam em juízos diferentes.

Pelo exposto, a sentença recorrida revela ter conferido à causa a mais justa e adequada solução. Qualquer acréscimo aos seus fundamentos consistiria em desnecessária redundância.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004721-32.2008.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante V.C.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado T.S.S. (E OUTRA) (ASSISTÊNCIA

1 TJSP, AC nº 0024340-76.2008.8.26.0309, Rel. Luiz Ambra, 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. em 11.11.2014.

JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.996)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente), ELCIO TRUJILLO e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 24 de março de 2015.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Exoneração de Alimentos. Pleito ajuizado contra filhas que alcançaram a maioridade. Confirmação que não implica imediata exoneração da obrigação alimentar, dependendo do exercício do contraditório. Redução mantida para pagamento da pensão a apenas uma das alimentandas, ante as circunstâncias comprovadas nos autos. Recurso desprovido.

VOTO

O autor, alimentante, ajuizou ação de exoneração de alimentos contra duas filhas, por ocasião de sua maioridade, alegando, ainda, a constituição de nova família e nascimento de duas outras filhas.

Julgada improcedente, apela o vencido a insistir no pleito, após rejeição de embargos de declaração.

Não há contrariedade.

É o relatório, adotado o de fls. 201/201v.

Na hipótese, o apelante, pagando 1/3 do salário mínimo às duas filhas, hoje maiores, pretende exoneração dos alimentos.

Uma delas (N.) concordou, tendo sido o processo julgado extinto com relação a ela.

T., entretanto, insurgiu-se contra o pleito, sob a alegação de que não está trabalhando e tem graves problemas de saúde.

O instituto dos alimentos objetiva socorrer os necessitados e não fomentar a ociosidade ou favorecer o parasitismo. Assim, o artigo 1694 do Código Civil apenas garante alimentos àqueles que não podem prover, com o próprio trabalho, o seu sustento.

Da mesma forma, era necessária prova, a cargo do autor e à vista da diretriz do art. 1.699 do Código Civil, para fins de exoneração de pensão, de

Acesso ao Sumário

substancial piora da situação financeira, que o impossibilitasse de continuar a pagá-la o que não ocorreu (art. 333, I, do Código de Processo Civil).

Assim, a bem lançada sentença fica mantida, pois manteve o pensionamento apenas para a filha que deles mostrou necessitar, havendo, dessa forma, minoração do valor pago, que, de 1/3, passou a 1/2 de 1/3 do salário mínimo, nos seguintes termos:

"O encargo alimentar, durante a menoridade da prole, é automática e deriva do *dever de sustento* dos genitores quanto aos filhos sujeitos ao seu poder familiar, aliado à presunção de necessidade e de impossibilidade de auto-sustento que se tem quanto aos filhos em tal condição.

Atingida a maioridade, contudo, essa equação se modifica, pois não apenas cessa o dever de sustento em si mesmo como também cessa a própria presunção de incapacidade para a subsistência autônoma, no tocante aos filhos; em princípio, com efeito, toda e qualquer pessoa maior e capaz, no gozo da plenitude de suas faculdades físicas e intelectuais, deve estar pronta a sobreviver por seus próprios meios.

Após a maioridade, a obrigação alimentar deixa de ser automática para parte dos genitores e passa a ser baseada no mero fato da relação de parentesco e na regra do art. 1694, *caput*, do Código Civil. O encargo decorrente do parentesco, e tal qual posto em lei, é abstrato, e pode se concretizar em ambos os sentidos, de pais para filhos ou vice-versa, exigindo o exame das circunstâncias do caso concreto.

E nesse sentido, inclusive a averiguação do binômio necessidade-possibilidade assume feição peculiar: se no tocante a filhos menores, presumivelmente necessitados e deparados com a *obrigação legal* de sustento dos genitores, o exame se restringe no mais das vezes à *quantificação* da pensão a ser inevitavelmente paga, já no que diz respeito a filhos maiores a regra da necessidade-possibilidade se presta antes de mais nada à perquirição da própria *existência ou viabilidade* da obrigação alimentar que se pretenda imputar a uma das partes envolvida.

A obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos maiores, em razão do parentesco, tem caráter excepcional e persiste se comprovada a incapacidade do filho em prover sua mantença através do trabalho, bem como se existente a possibilidade dos pais em fornecer os alimentos sem prejudicar o seu próprio sustento. Não é esse, porém, o caso dos autos.

Depreende-se do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, que no momento da propositura da ação, deve o autor invocar os fatos que justificam a sua pretensão e, depois, provar a sua veracidade. No caso, a simples alegação por parte do autor de que a filha atingiu a maioridade e que vive em união estável não basta para a procedência do pedido.

Por outro lado, a ré comprovou que se encontra temporariamente incapacitada (fl. 189), em virtude de ter litíase renal esquerda (142/159), restando patente a sua necessidade em receber alimentos. Comprovou, ainda, por prova testemunhal, que passa por dificuldades financeiras e que parou de fazer curso superior por não ter condições de pagar a mensalidade.

Ademais, deve-se consignar, que a requerida N. concordou com a exoneração de seus alimentos, o que faz com que a parte que recebia não lhe seja mais repassada. **A requerida T. receberá apenas a sua parte, ou seja, a sua metade de 1/3 dos rendimentos líquidos (fl. 13)**." (grifos não são do original)

Do exposto, há de se manter a r. sentença (RI, art. 252).

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013293-97.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante HELENA FERRUCCI, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.309)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 31 de março de 2015.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: CANCELAMENTO DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE E DE IMPENHORABILIDADE – Possibilidade - Interessada que conta atualmente com mais de 72 anos e afirma ter muitos gastos para manter a extensa propriedade - Requerente que se encontra divorciada e recebeu o bem quando da partilha - Instituição do gravame pelos falecidos sogros da requerente - Regra restritiva à propriedade, imposta pelo artigo 1.676 do CC/16 que deve ser interpretada com temperamento - Precedentes do STJ - Manutenção do gravame que não mais interessa à beneficiária - Apelo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório constante de fl. 31, acrescento que a sentença julgou improcedente ação proposta pela requerente visando o cancelamento da cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade imposta ao imóvel objeto da matrícula nº 34.938, do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Votuporanga.

Apela a interessada às fls. 34/39, alegando, em suas razões recursais, em resumo, que João Costa Ramos e sua esposa Cecilia das Dores de Jesus doaram a seus filhos os imóveis matriculados sob os nº 16.935 e 16.937, com cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade até a segunda geração dos donatários, sendo os primeiros falecidos desde 26/08/1992 e 23/06/1993, respectivamente. Narra que as citadas cláusulas foram transferidas para o imóvel matriculado sob o nº 29.802 e que esta propriedade, de comum acordo, foi dividida em seis partes. Explica que o herdeiro João Costa e a apelante receberam o quinhão nº 5, denominada Chácara Bom Jesus, propriedade que foi matriculada sob o nº 34.938, do Cartório de Imóveis de Votuporanga e que, após o divórcio do casal, no acordo de partilha, esse bem coube à ex-esposa. Argumenta que está tendo gastos excessivos para manter o imóvel, além de ter ocorrido uma grande depreciação deste, enfatizando que as cláusulas restritivas estão causando prejuízos à recorrente. Afirmam que os doadores, quando do ato de liberalidade, não estabeleceram prazo de duração das cláusulas restritivas, o que faz presumir que seja apenas enquanto os doadores estivessem vivos, enfatizando que a Jurisprudência, mesmo na vigência do Código Civil/16, entendia ser possível a extinção do gravame, após a morte do doador, quando caracterizada que a imposição ocorrera em decorrência da preocupação com a dilapidação do patrimônio, protegendo o donatário das incertezas do futuro. Sustenta que a manutenção das cláusulas se encontra condicionada à subsistência dos motivos que lhe deram origem e que sua persistência além da vida dos doadores ofenderia o princípio constitucional relativo à função social da propriedade. Pleiteia o deferimento do pedido inicial, com o cancelamento das cláusulas restritivas.

Recurso regularmente processado. A D. Procuradoria manifestou-se pelo provimento do reclamo (fls. 45/48).

2. Ressalvado o entendimento do julgador *a quo*, o apelo comporta provimento.

Pretende a requerente o cancelamento das cláusulas de impenhorabilidade e de inalienabilidade impostas ao imóvel matriculado sob o número 34.938, do Cartório de Imóveis de Votuporanga (fls. 21/22), pelos seus ex-sogros.

Expõe que João Costa Ramos e sua esposa Cecilia das Dores de Jesus, já falecidos, doaram aos seus filhos as propriedades matriculadas sob os nº 16.935 e 16.937, do Registro de Imóveis de Votuporanga, com cláusulas de

Acesso ao Sumário

inalienabilidade e impenhorabilidade e que estas restrições foram transferidas para o imóvel registrado sob o nº 29.802, do mesmo cartório, conforme alvará judicial.

Narra que os donatários, de comum acordo, dividiram a propriedade doada e que a gleba rural nº 05, denominada Chácara Bom Jesus, matriculada sob o nº 34.938 ficou para a requerente e seu ex-esposo João Costa Ramos Filho, observando que, após o divórcio, quando realizada a partilha, o imóvel descrito acima ficou para a apelante.

Aduz que a propriedade possui muitos gastos, ocorreu uma depreciação no valor do imóvel e, portanto, as cláusulas restritivas estão causando prejuízos à recorrente.

Referidas cláusulas foram instituídas sob a égide do Código Civil de 1916, ocasião em que a lei não exigia justa causa para a sua imposição, ao contrário do que passou a ocorrer com a entrada em vigor do diploma de 2002 (artigo 1.848).

Nessa linha de raciocínio, diante da evolução do direito e da jurisprudência, perfeitamente aplicável ao caso dos autos o parágrafo único, do artigo 2.035, do Código Civil, determinando que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Nesse sentido também orientação jurisprudencial, atenuando a aplicação da cláusula restritiva: “Declaratória - Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Possibilidade de cancelamento - É perfeitamente possível a retirada dos gravames de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade em favor do princípio social da propriedade, no caso, presente, não se justificando que se perpetuem os gravames quando desapareceram as razões que nortearam a testadora - Gravame que onera o beneficiário demasiadamente - Cancelamento em atenção ao princípio da razoabilidade - Recurso provido para, afastada a extinção da ação, julgá-la procedente na forma do art. 515, § 3° do CPC, para decretar o cancelamento dos vínculos que recaem sobre o imóvel objeto da ação, sem qualquer outra imposição à recorrente o que, vale dizer, sem necessidade de sub-rogação das restrições.” (TJ/SP -10ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 9132292-78.2009.8.26.0000 - Relator Desembargador Octavio Helene).

Acesso ao Sumário

E ainda: “Agravo de instrumento. Pedido de cancelamento de cláusulas restritivas. Necessidade de abrandamento do disposto no artigo 1.676, do Código Civil de 1916, aplicável à espécie. Precedentes do STJ e desta Câmara. Cláusula lesiva aos interesses dos agravantes, já que impedidos de melhor aproveitamento do patrimônio recebido. Sub-rogação do ônus em relação a outros bens. Desnecessidade. Cancelamento determinado. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO.” (TJ/SP - 3ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 0288216-70.2011.8.26.0000 - Relator Desembargador Donegá Morandini).

Esse é também o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgado lavrado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha: "DIREITO CIVIL. ART. 1.676 DO CÓDIGO CIVIL. CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. VALIDADE, PELAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. A REGRA RESTRITIVA À PROPRIEDADE ENCARTADA NO ART. 1.676 DO CÓDIGO CIVIL DEVE SER INTERPRETADA COM TEMPERAMENTO, POIS A SUA FINALIDADE FOI A DE PRESERVAR O PATRIMÔNIO A QUE SE DIRIGE, PARA ASSEGURAR À ENTIDADE FAMILIAR, SOBRETUDO AOS PÓSTEROS, UMA BASE ECONÔMICA E FINANCEIRA SEGURA E DURADOURA. TODAVIA, NÃO PODE SER TÃO AUSTERAMENTE APLICADA A PONTO DE SE PRESTAR A SER FATOR DE LESIVIDADE DE LEGÍTIMOS INTERESSES, SOBRETUDO QUANDO O SEU ABRANDAMENTO DECORRE DE REAL CONVENIÊNCIA OU MANIFESTA VANTAGEM PARA QUEM ELA VISA PROTEGER ASSOCIADO AO INTUITO DE RESGUARDAR OUTROS PRINCÍPIOS QUE O SISTEMA DA LEGISLAÇÃO CIVIL ENCERRA, COMO SE DÁ NO CASO EM EXAME, PELAS PECULIARIDADES QUE LHE CERCAM. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO" (4ª Turma - REsp nº 10020/SP).

No caso vertente, o bem gravado, objeto da ação, pertencia ao casal, sendo que o ex-marido era filho dos falecidos doadores e atualmente eles se encontram divorciados (fl. 10).

Some-se a isso o fato de que a requerente se encontra atualmente com 72 anos (fl. 10) e, por certo, se torna dificultoso para uma pessoa idosa, manter uma propriedade extensa como aquela descrita na matrícula nº 34.938 (fl. 21), inexistindo razões para manutenção da restrição.

Ademais, como bem ponderou o Douto Procurador de Justiça: "De fato, a regra restritiva da propriedade deve ser interpretada com temperamento, pois, conquanto tenha como finalidade assegurar à entidade familiar uma base econômica financeira segura e duradoura, não pode ser aplicada de forma tão austera a ponto de se tornar fator impeditivo do exercício do direito de propriedade, impossibilitando a livre disposição do bem. Demais disso, com o falecimento dos doadores e o divórcio do casal donatário, certamente as razões que motivaram a imposição das referidas cláusulas não mais subsistem, porquanto a provável intenção daqueles foi a de proteger os filhos, sendo certo que a autora não mais faz parte do círculo familiar do então marido" (fl. 47).

Conclui-se, portanto, que desaparecendo as razões que levaram à instituição da cláusula de inalienabilidade do bem, necessária a sua flexibilização para que a requerente possa melhor aproveitar o patrimônio recebido.

Assim, de rigor o cancelamento das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade impostas ao imóvel doado e recebido na partilha pela apelante, acolhendo-se a pretensão inicial.

3. Ante o exposto, para o fim acima, meu voto dá provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0059062-71.2010.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante CÉLIA MARIA DE ABREU, é apelado FUNDAÇÃO DR.PENIDO BURNIER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25055)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), SALLES ROSSI e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 10 de abril de 2015.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por danos materiais e morais - Pretensão decorrente de suposta falha no atendimento médico prestado - Apelo contra sentença que julgou improcedente a demanda - Não evidenciada a ocorrência de imprudência e negligência a ensejar a indenização buscada - Ausência dos elementos necessários para caracterizar a obrigação de indenizar - Inexistência de nexo causal entre o fato e o prejuízo alegado - Danos morais não evidenciados - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença (a fls. 206/212 e aclarada a fl. 217) de improcedência, em ação de indenização por danos materiais e morais. Nas razões de irresignação sustentando o descabimento do *decisum*, pelos fundamentos então expendidos (fls. 219/222).

Recebido o recurso a fl. 223 em seus regulares efeitos, a fls. 226/235 veio a ser contra-arrazoado.

É o relatório.

A improcedência foi bem decretada e fica, pelo meu voto, mantida. Ausente prova irrefutável do aventado erro médico, ônus a que não se desincumbiu a demandante (art. 333, inc. I, do CPC).

Acesso ao Sumário

A autora, consoante narra na inicial, ao propor a ação aduziu que perdeu parte da visão do olho direito, em razão de falha no atendimento médico prestado pela requerida. Aduz que *"(...) já se encontrava descrente com sua melhora face aos efeitos negativos dos medicamentos prescritos, dores e nebulosidade na vista operada, falta de informações suficientes por parte dos médicos do requerido, tanto que, desesperada, procurou a Clínica Raskin nesta cidade, onde depois de realizar um ultra-som ocular ('Olho direito doloroso ao exame'), pela Dra. Camile Tonin, CRM 91040, restou comprovada a imperícia e ilicitude dos empregadores do requerido, devido ao 'deslocamento de retina (com PVR pregueado) estendendo-se de polo posterior à periferia das 4 às 8h; (item 3), deslocamento de coróide 360 graus, seroso, periférico e plano das 10 às 3 e das 6 às 8h e cupuleforme estendendo-se de equador à periferia nos demais medianos; (item 4). Não se observa acometimento inflamatório em cavidade vítrea (item 5)'"*. Diante do ocorrido ingressou com a presente ação, visando indenização por danos materiais e morais.

A ré apresentou contestação (fls. 54/86), alegando a inocorrência de responsabilidade civil. Asseverou a inexistência de danos materiais e morais. Requereu a improcedência dos pedidos aduzidos na inicial.

Sobreveio então a r. sentença de fls. 206/212, julgando improcedente a ação, condenando a autora no pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

Desta forma, a autora, ora apelante, se insurge alegando a ocorrência de cerceamento de defesa. Impugna o laudo pericial realizado. Requer a reforma integral do *decisum*.

Esta é a síntese do necessário.

Aqui, ao que é dado inferir da leitura dos autos, verifica-se que a tese recursal aduzida não prospera.

Não há falar em cerceamento de defesa, a questão foi suficientemente esclarecida no laudo pericial realizado a fls. 161/178.

Daí porque cerceamento de defesa inexistiu. Sabido, pois, que a outra prova não tem o condão de elidir e nem suprir a perícia realizada. Suficientes as provas contidas nos autos, hábeis a formar o convencimento do julgador, podendo este conhecer diretamente do pedido com o julgamento da lide no estado sem incorrer em ofensa ao contraditório, segundo o comando contido no art. 330 do Código de Processo Civil.

Ademais, ao magistrado cabe o exame da necessidade ou não da realização de novas provas, bem como estrita observância ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Neste contexto, *"caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as*

Acesso ao Sumário

diligências inúteis ou meramente protelatórias” (artigo 130 do Código de Processo Civil). Já se decidiu que, *“Sendo o juiz o destinatário da prova a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização”* (RT 305/121), mormente porque, como dito, havia nos autos elementos suficientes para formar o convencimento do julgador, despicienda a produção de outras provas. Até porque, foi realizada perícia médica (fls. 161/178).

No caso em exame não houve negligência, imperícia ou imprudência, motivo pelo qual não há falar em reparação civil.

Efetuada prova técnica, ficou constatado que não houve erro ou falha no procedimento cirúrgico realizado, tampouco no pós-operatório. Neste sentido, a perícia realizada a fls. 167, que de expresso concluiu:

“(...) Trata-se de uma sequela de endoftalmite (infecção interna do globo ocular), considerada uma patologia extremamente grave, que invariavelmente cursa com perda visual severa e em grande parte dos casos com perda do globo ocular, com atrofia do mesmo e muitas vezes necessitando de evisceração (remoção do globo ocular, o que não foi necessário no caso em questão). O micro-organismo responsável, de acordo com o resultado de cultura, foi Candida sp, fungo conhecidamente causador de processos infecciosos graves. Tendo a infecção ocorrida após as primeiras 48 horas de pós-operatório, se fosse bacteriana, não poderia ser atribuída ao procedimento cirúrgico. No entanto, infecções fúngicas são mais lentas e fica mais difícil precisar o tempo de infecção. A doença costuma causar com dor forte e o tratamento realizado é através de injeção vítrea de anti-microbianos, que foi o tratamento realizado inicialmente. Antes disso a requerente for submetida a tratamento clínico e cirúrgico para o glaucoma, pois a PIO encontrava-se fora de controle. Na sequência necessitou de cirurgia de vitrectomia com explante da LIO. A evolução final foi de deslocamento de retina e atrofia do globo ocular. ***Os tratamentos de todas as complicações cirúrgicas foram realizadas em tempo hábil, porém não foram suficientes para salvar a visão e o globo ocular da autora, resultando em cegueira absoluta e atrofia do globo ocular****”*.

Daí não se pode imputar conduta dolosa à ré. Por todo o apurado nestes autos, verifica-se que sua conduta não se revestiu de caráter doloso ou culposo, de modo a causar danos materiais e morais para a apelante.

Por outro lado, para caracterizar a responsabilidade civil é necessária a ocorrência cumulativa de três requisitos básicos: a conduta ilícita do agente, o dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta. Ausente um deles, inexiste a obrigação de indenizar.

Nas circunstâncias, de nenhum modo cabendo falar em ***responsabilização objetiva***, *obrigação de resultado e não de meio* como se de cirurgia plástica se tratasse.

Acesso ao Sumário

Se a obrigação do médico é de meio e não de resultado, sua responsabilização somente poderá ter lugar em se demonstrando culpa. Isto é, negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido o artigo 14, § 4º, do Código do Consumidor; específico a respeito, a por esse modo regrar a responsabilidade dos profissionais liberais.

À vista do exposto, era mesmo de rigor o decreto de improcedência da ação, mantida a sentença por seus próprios fundamentos, *ex vi* do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

Disso se seguindo, o improvimento do apelo, nos termos acima expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000856-09.2011.8.26.0218, da Comarca de Guararapes, em que é apelante CLAUDEMIR DOS REIS CAVALHEIROS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JOSÉ BARBOSA MENDES DA SILVA (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.876)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), JOSÉ REYNALDO e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: AÇÃO POSSESSÓRIA.

PRELIMINARES. INÉPCIA PETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCABIMENTO.

INTERDITO PROIBITÓRIO. AMEAÇA PROVOCADA PELOS INTEGRANTES DO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM TERRA. ASSOCIAÇÃO DE FATO. CAPACIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. CITAÇÃO VÁLIDA. REVELIA. FATOS CONSTITUTIVOS VERDADEIROS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Acesso ao Sumário

O movimento social consiste em uma associação de fato que ostenta capacidade processual, ou seja, pode figurar nos processos cujos direitos, interesses e fatos envolvendo o grupo são debatidos. A ameaça à posse do apelado foi realizada pelos integrantes do movimento rural, conforme descrito na petição inicial, e será admitida a citação da associação por meio do integrante desta que vigia o local. Além disso, tecnicamente revel, são considerados verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, corroborados pelos documentos que a instruem.

Apelação não provida.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 85/89, cujo relatório será adotado, proferida nos autos da ação de interdito proibitório, que julgou procedente o pedido do autor para impor ao réu a obrigação de se abster de invadir a propriedade ou praticar qualquer ato de ameaça à posse do autor.

Inconformado, apela o réu e, em síntese, aduz que: a) é parte ilegítima para figurar no polo passivo, sendo manifesta a carência de ação; b) a ação foi encerrada abruptamente sem que fosse concedida a oportunidade de produção de provas.

Pede a anulação da sentença por ausência de prova e o reconhecimento da ilegitimidade de parte, determinando-se a citação do MST (Movimento Sem Terra) para integrar a lide.

O recurso foi recebido com efeito suspensivo.

O espólio apelado deixou de ofertar sua contraminuta.

O Ministério Público manifestou pela desnecessidade de sua intervenção no processo (fls. 111/115).

É o relatório do essencial.

2. Decide-se.

2.1. Preliminarmente, ficam desacolhidos os argumentos preliminares do recorrente relacionados à carência de ação, impossibilidade jurídica do pedido e inépcia da petição inicial.

Compulsando os autos, denota-se que o espólio de José Barbosa Mendes da Silva ingressou com ação de interdito proibitório contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra para protestar pela abstenção da invasão da Fazenda

Acesso ao Sumário

Caramuru e pela proteção da posse.

Da petição inicial extrai-se que a Fazenda Caramuru integra o espólio e, no referido bem, efetua-se a criação de bovinos e a plantação de cana-de-açúcar. Segundo narrado pelo autor, o legítimo exercício do direito possessório do espólio está sendo ameaçado pelo denominado Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra por meio da construção de barracos em áreas proibidas, da utilização das cercas de proteção da fazenda, da prática de atos de vandalismo nas porteiras e corte dos arames, situação que acarreta a destruição de divisas e proporciona a fuga dos gados em direção à rodovia.

A petição inicial, instruída com os documentos de fls. 21/62, preencheu os requisitos apontados pelos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil.

Ademais, foram observadas as disposições contidas nos artigos 920 e seguintes e, especificamente, o artigo 932, todos do Código de Processo Civil. De fato, para a proteção da ameaça da posse nova, cabível a ação de interdito proibitório.

2.2. Em relação à ventilada alegação de ilegitimidade do apelante para figurar na ação possessória, não merece respaldo.

Embora destituído de personalidade jurídica, trata-se o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra de um agrupamento organizado de pessoas destinado a fim não econômico e, por isso, sua existência não deve ser ignorada. Consiste em uma associação de fato que ostenta capacidade processual, ou seja, pode figurar nos processos nos quais são debatidos os direitos, interesses e fatos envolvendo o grupo social.

No caso concreto, a ameaça à posse do apelado foi realizada pelos integrantes do movimento rural, conforme descrito na petição inicial.

Concedida medida liminar (fls. 63), o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra foi citado na pessoa de Claudemir dos Reis Cavalheiro, que se encontrava nos barracos, vigiando-os, e recebeu a citação do oficial de justiça.

Pois bem.

Não há qualquer irregularidade no ato citatório do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.

Ora, se há aplicação da teoria da aparência para as pessoas jurídicas, que são citadas por meio de funcionário ou de quem receba o oficial de justiça, ainda que não conste como representante da sociedade nos atos constitutivos, logicamente, será admitida a citação de associações de fato, concretizada por meio de pessoas que se apresentem como integrantes ou líderes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.

No mesmo sentido:

"*Legitimidade passiva e recursal. Movimento dos Sem Terra. Associação*

Acesso ao Sumário

de fato. Capacidade jurídico-processual reconhecida. Legitimidade ativa. Alegação de que foi outra a propriedade invadida. Indicativos dos autos em sentido contrário. Prova, de qualquer forma, que pode ser colhida durante a instrução. Possessória. Esbulho não negado, evidenciada a prova da posse pela autora da demanda. Dispensa da audiência de justificação. Recurso desprovido, revogado o efeito suspensivo". (AI nº 0016771-39.2012.8.26.0000 - TJSP/15ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. ARALDO TELLES - j. 08/05/2012).

Insta consignar, portanto, que se reconhece a regularidade da citação do Movimento Sem Terra, questão essa examinada no presente momento, e não a legitimidade do apelante Claudemir dos Reis Cavalheiro, que inadvertidamente apresentou a contestação e o recurso de apelação em seu nome próprio.

E mais.

2.3. Nesse contexto, uma vez considerada válida a citação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra e porque a contestação não foi apresentada em seu nome, é relevante pontuar que, tecnicamente, a associação de fato seria revel.

Na realidade, caracterizada a revelia, os fatos narrados na petição inicial devem ser considerados verdadeiros e não há que se falar em cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado do mérito.

O douto órgão "a quo" externou sua convicção no sentido de que as provas documentais apresentadas na petição inicial demonstram a posse inconteste da propriedade rural, exercida pelos apelados, e a ameaça ao direito provocada pela montagem do acampamento pelos integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra na cerca e arames divisórios da propriedade e, também, pelos danos provocados à mesma.

Foi bem lançada a irreparável sentença que julgou procedente o pedido de interdito proibitório e, assim, deu adequado desate à lide.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0116943-82.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SOCIETE AIR FRANCE e KLM COMPANHIA REAL HOLANDESA DE AVIAÇÃO, são apelados CARLOS ALBERTO MAURO e MARIA RITA VIEIRA MAURO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17578)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ (Presidente sem voto), HENRIQUE NELSON CALANDRA e IRINEU FAVA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE ÔNUS HIPOTECÁRIO C.C. INDENIZAÇÃO - Pretensão de reconhecimento da quitação saldo devedor dos apelados por compensação - Impossibilidade - Questão de direito, decorrente da análise dos documentos por eles trazidos, que não sofre a consequência da revelia das apelantes - Sentença de parcial procedência modificada - Recurso provido.

VOTO

Acresça-se ao relatório da r. sentença proferida a fls. 229/232 que foi julgado procedente em parte o pedido formulado pelos apelados, acolhida a pretensão de desconstituição da hipoteca que recaiu sobre os imóveis descritos na inicial, para garantia do fiel pagamento por Suporte Viagens e Turismo Ltda. de quantia objeto de instrumento particular de confissão de dívida, igualmente firmado pelos apelados na qualidade de fiadores, devedores solidários e principais pagadores, uma vez que a obrigação garantida está paga, tendo sido afastado, por outro lado, o pedido de indenização por dano moral.

Entendeu a r. sentença que estão comprovados os pagamentos e que a hipoteca foi constituída de forma específica para garantir a quitação da dívida confessada, razão pela qual não pode subsistir, porque existiriam outros débitos pendentes de pagamento.

As apelantes pretendem a reforma integral da r. decisão (fls. 250/267), argumentando que, ao contrário do reconhecido, não houve pagamento integral, uma vez que a última parcela resta pendente de pagamento, por não ser possível, como argumentam os apelados, o reconhecimento da compensação.

Afirmam que a dívida se originou do fato de a empresa devedora haver vendido passagens áreas e não repassado o valor apurado, apropriando-se, de forma indevida, de quantia pertencente a elas e, quando da celebração da confissão de dívida, em que pese o pagamento de quatro das cinco parcelas ajustadas, a devedora deixou de repassar o montante integral referente às passagens vendidas naqueles quatro meses, significando nova apropriação

Acesso ao Sumário

indevida de valores.

Dizem que, como se não bastasse, pelo sistema adotado pelas partes, a comissão de incentivo que os apelados afirmam ser devida à empresa devedora não lhe deve ser paga, uma vez que a sua exigibilidade estava diretamente relacionada com o atendimento dos requisitos específicos denominados “nível de acesso mínimo”, que não foi atingido pela empresa exatamente porque ela não repassou os valores referentes à venda daquelas passagens, ou seja, as companhias aéreas jamais poderiam ser obrigadas ao pagamento de comissão sobre valor que não haviam recebido.

Concluem que a obrigação não está devidamente cumprida e, portanto, não tem cabimento a liberação da hipoteca.

O recurso foi recebido no duplo efeito e o preparo está anotado.

Os apelados ofereceram contrariedade (fls. 277/289), sustentando o acerto da r. sentença, principalmente diante da revelia caracterizada.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

As questões de fato não podem ser discutidas ante a evidente revelia das apelantes que, apesar de validamente citadas, deixaram escoar o prazo de resposta, aplicando-se à hipótese o que estabelece o art. 330, II, do Código de Processo Civil.

Entretanto, há questão de direito a ser dirimida, tal seja, a eficácia, ou não, da compensação computada pelos devedores da última parcela com a comissão que a empresa devedora teria direito a receber.

Embora não haja nos autos prova de qualquer manifestação das credoras quanto ao comportamento reiterado após a confissão de dívida de retenção de valores devidos às companhias, o fato é que os elementos probatórios trazidos pelos apelados indicam com segurança a impossibilidade de compensação como pretendem.

As apelantes outorgaram quitação das quatro primeiras parcelas, argumentando os apelados que o pagamento deu-se também por compensação.

Entretanto, constata-se dos documentos juntados pelos apelados com a petição inicial, que os pagamentos se deram por boletos (fls. 49/65).

Por sua vez, o documento de fls. 67 confirma a necessidade de análise das credoras quanto ao efetivo valor de comissão e que a devedora deveria ter atingido determinada meta para seu recebimento.

Diante disso, respeitando-se profundamente o entendimento adotado pela r. sentença, o fato é que, pela forma pela qual são apurados os valores de comissão, dependendo sempre do desempenho da agência, não é possível admitir que o valor de R$ 212.590,00 constituiria quantia líquida exigível como

Acesso ao Sumário

exige o art. 369 do Código Civil.

Portanto, decorre dos documentos trazidos pelos apelados que não é possível o reconhecimento da quitação do saldo devedor por compensação, tratando-se, repita-se, de questão de direito, decorrente da análise desses documentos, razão pela qual não sofre a consequência da revelia.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim de ser o pedido julgado improcedente, condenando-se os apelados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no percentual fixado pela sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0053373-10.2012.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado KARLA TALITA MARINS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12694)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente) e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. FALTA DE MOVIMENTAÇÃO DO PROCESSO POR MAIS DE 30 (TRINTA) DIAS. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. EXTINÇÃO AFASTADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 32/35, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Insurge-se o Banco afirmando que apesar da extinção ser cabível não houve a intimação pessoal do autor por meio de carta registrada para dar

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

andamento ao processo.

Assim, busca a anulação da sentença com determinação para o regular prosseguimento do feito.

Recurso tempestivo, devidamente processado e ausente contrarrazões, em virtude da inexistência de citação.

É o relatório.

Cuida-se de ação de cobrança, na qual o Banco FIAT S/A pretendia a cobrança das parcelas vencida e não pagas referentes ao contrato de financiamento nº 357070663, firmando com KARLA TALITA MARTINS para aquisição do seguinte veículo: Fiat modelo Punto (Flex) ELX/CONV, fabricação 2010, placa EPH 6461.

O recurso comporta provimento.

A extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de movimentação processual exige intimação pessoal da parte, nos termos do artigo 267, §1º: "*O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas*".

No caso dos autos houve várias intimações do patrono da autora para dar andamento ao feito, porém não a intimação pessoal dela.

Assim, não há falar em abandono do feito, sem o cumprimento da formalidade acima.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para afastar a extinção, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1066524-02.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado/apelante SILVIO BACCARELLI.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do réu, prejudicado o do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 20267)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - NEGATIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ EM EFETUAR TRANSAÇÃO BANCÁRIA SOLICITADA PELO AUTOR SOB O FUNDAMENTO DE QUE ESTE NÃO DEMONSTRAVA CONDIÇÕES DE PERFEITA LUCIDEZ, NEM TAMPOUCO DE ASSINAR O RESPECTIVO PEDIDO - CONSTATAÇÃO DO ESTADO MENTAL DO AUTOR QUE GEROU, AOS PREPOSTOS DO RÉU, SUSPEITA DE ABUSO POR PARTE DE SUA PROCURADORA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SE QUANDO DO JULGAMENTO DO FEITO NÃO SE REVESTIA DE ABSOLUTA CONSISTÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA, RESTOU COMPROVADA PELOS FATOS TRAZIDOS APÓS A SUBIDA DOS AUTOS A ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL - AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INTERDIÇÃO, COM A NOMEAÇÃO DE CURADOR E, AINDA, ELEMENTOS CONSTANTES NOS DEPOIMENTOS E DADOS QUE INTEGRAM O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INDIVIDUAL INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO (PANI) QUE TORNAM JUSTIFICÁVEL A CONDUTA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ATUAÇÃO ILÍCITA AFASTADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 462, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO DO RÉU PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DO AUTOR.

VOTO

Da sentença que julgou procedente em parte ação de indenização para

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

condenar o banco réu ao pagamento de R$ 30.000,00 a título de danos morais, além da verba sucumbencial, apelam ambas as partes.

O autor pleiteando a majoração da verba indenizatória e dos honorários advocatícios, bem como a condenação do réu pelos danos materiais.

O banco réu alegando preliminar de cerceamento de defesa e no mérito defendendo a legitimidade da sua conduta e, portanto, ausência de ilícito indenizável. Afirma que os funcionários da agência bancária notaram que o autor não demonstrou condições de assinar o pedido de transferência de valores, razão pela qual a transação não foi feita. Assevera que a conta bancária do autor não foi bloqueada para sua movimentação, mas sim para impedir terceiros de movimentá-la. Subsidiariamente, pretende a redução do valor arbitrado.

Os recursos foram processados, na forma da lei.

Em contrarrazões, pugna o autor pela condenação do banco réu nas penas de litigância de má-fé.

Após a subida dos autos a este Egrégio Tribunal, fatos e documentos novos foram trazidos aos autos, motivando a intimação do curador dativo nomeado no processo de interdição a que se submetera o autor, bem como dos apelantes para se manifestarem, o que não ocorreu (fls. 503, 507 e 508).

Parecer do Ministério Público posicionando-se apenas pela manutenção da sentença (fls. 511/512).

É o relatório.

Funda-se a pretensão indenizatória em suposta conduta ilícita da instituição financeira ré, ao negar-se a realizar transação bancária e, posteriormente, bloquear a conta do autor para utilização em canais de autoatendimento, sob o fundamento de que este, ao se apresentar à agência bancária, não demonstrava condições de lucidez adequadas.

Em resposta, a instituição financeira esclarece que o estado mental do autor, que parecia nem sequer entender a natureza da transação que estava prestes a realizar, nem tampouco conseguia assinar seu nome, fez com que seus prepostos desconfiassem da prática de abuso por parte de sua procuradora constituída, motivando, então, a negativa de pagamento dos cheques por ela emitidos e de realização das transações que sem a presença do autor ela tentava realizar, sobretudo pelo considerável valor envolvido.

Pois bem.

Se à época do julgamento da demanda a tese do réu não se revestia de suficiente consistência e verossimilhança, os fatos e documentos apresentados após a subida dos autos a este Egrégio Tribunal dão conta de torná-la inconteste.

Consoante se infere dos documentos de fls. 259 e seguintes, alguns meses após o suposto ilícito cometido pela instituição financeira, o autor veio a sofrer

Acesso ao Sumário

processo de interdição, com nomeação de curador provisório, posteriormente substituído pela pessoa de seu sobrinho, Sr. Pedro Sales, que ora integra esta lide.

A essa circunstância, corroborada pelos diversos relatórios médicos que atestam ser ele portador de demência senil, perda de memória recente e dificuldade de gerência da vida civil e de seu patrimônio, somam-se os diversos depoimentos de cuidadores e pessoas próximas colhidos nos autos do "Procedimento Administrativo Individual" instaurado pelo Ministério Público (fls. 408/409, 417, 419/421 e 428), cujo conteúdo é praticamente unânime em apontar abusos cometidos por parte da já citada procuradora, sua governanta (de cuja conduta desconfiaram os prepostos do réu), e que além de controlá-lo psicológica, emocional e faticamente, estaria dilapidando seu patrimônio, tudo em conluio com um ex-funcionário que seria também seu amante.

Tal panorama, de cuja veracidade há fortes indícios inclusive documentais principalmente no tocante à alegada dilapidação patrimonial, e que não comportam maiores considerações nesta seara, torna absolutamente justificável a atuação da instituição financeira ré, que revela, na verdade, mera exteriorização de seu dever de cautela com o patrimônio de seu cliente, em razão da suspeita (agora, sabidamente fundada) de iminente perigo de desvio, perda ou prejuízo.

Nesse contexto, considerados, como é de rigor, os fatos novos trazidos aos autos (art. 462, do Código de Processo Civil), afasta-se por completo ato ilícito ou reprovável imputável ao réu e, com isso, qualquer chance de sucesso da pretensão reparatória.

A improcedência da ação é medida que se impõe.

Por esses fundamentos, reformada a sentença, julga-se improcedente a ação, condenando-se o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além da verba honorária devida ao patrono do réu, que fixo em R$ 4.000,00, nos termos do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso do réu, prejudicado o recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003405-45.2009.8.26.0417, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que é apelante VIAÇÃO MOTTA LTDA., é apelado LARA VICTORIA MARSON (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.040)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - Transporte coletivo - Embarque da autora impedido, ante a ausência de autorização judicial para viajar - Descabimento - Hipótese em que a autora, menor, estava acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada por sua genitora - Desnecessidade de autorização judicial - Artigo 83, § 1º, "b", item 2, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Danos morais configurados - A sentença avaliou corretamente os elementos fáticos e jurídicos apresentados, dando correto desfecho à lide - Artigo 252, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 149/155 julgou parcialmente procedente ação de indenização por dano moral, condenando a ré ao pagamento da quantia de R$ 10.000,00, com atualização monetária a partir da decisão e juros moratórios de 12% ao ano, desde a citação. A requerida foi condenada ainda ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Apela a empresa de transporte limitando seu inconformismo ao montante indenizatório fixado, por entender excessivo e incompatível com a situação descrita nos autos. Afirma que mesmo levando-se em conta sua responsabilidade objetiva, que responde por ato praticado por funcionário, a culpa do motorista é relativa, pois, ao impedir o embarque da menor e sua acompanhante, obedeceu aos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pugna pela redução da indenização para R$ 2.000,00.

Preparado (fls. 165/166), o recurso foi recebido em ambos os efeitos (fl.167).

Contrarrazões às fls. 173/177.

Acesso ao Sumário

Parecer do D. Representante do Ministério Público às fls. 181/183, opinando pelo provimento parcial do apelo, para a redução do montante indenizatório para R$ 5.000,00.

É o relatório.

A autora, representada por sua genitora, ajuizou ação de indenização em razão dos danos morais que alega ter sofrido, tendo em vista que foi impedida de embarcar no ônibus de propriedade da ré, mesmo com autorização assinada por responsável legal.

Afirma que viajou para Belo Horizonte - MG acompanhada por pessoa autorizada por sua mãe, no entanto, quando do retorno, foi surpreendida com a informação prestada pelo motorista da mesma empresa, de que não poderia embarcar, sob a alegação de ausência de autorização judicial.

Relata que em razão da atitude do preposto da ré necessitou, juntamente com sua acompanhante, pernoitar na rodoviária, sem qualquer auxílio por parte da requerida e sem dinheiro suficiente para alimentação.

A ré contestou a ação (fl. 42), rechaçando as alegações da autora, salientando a necessidade de autorização judicial para o transporte de menor desacompanhado dos pais.

Sobreveio a r. sentença contra a qual ora se recorre, que julgou parcialmente procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de indenização no valor de R$ 10.000,00.

A questão acerca da ocorrência do dano moral e da responsabilidade por tais danos restou incontroversa, porquanto, o apelo da empresa de transporte restringiu-se ao montante indenizatório fixado. Pugna a apelante pela redução do valor.

As razões recursais não convencem quanto ao desacerto da r. sentença, que deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Referido artigo estabelece que “**Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la**”.

Na Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos.

Anote-se, dentre tantos outros, os mais recentes julgados: Ap. nº 0065765-70.2004.8.26.0100, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 24/2/2014; Ap.

Acesso ao Sumário

nº 9156402-44.2009.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 19/2/2014; Ap. nº 0008073-60.2011.8.26.0297, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 27/1/2014; Ap. nº 0002317-81.2011.8.26.0358, Rel. Des. Jacob Valente, j. 7/3/2014.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.01.12.2003).

Consigne-se que a r. sentença, corretamente, reconheceu a responsabilidade objetiva da ré, por ato de seu preposto, ante a falha na prestação dos serviços.

Na hipótese, verifica-se que a genitora da requerente providenciou a autorização necessária e exigida pela ré. A menor, à evidência, estava acompanhada por pessoa regularmente autorizada pela mãe.

E, tendo em vista o disposto no artigo 83, § 1º, "b" item 2, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a autorização judicial não será exigida se a criança estiver acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável, como no caso em tela.

Transcreva-se, por oportuno trecho relevante da r. sentença: *"...Há nos autos o documento de fls. 18 onde constam Orientações para Viagens Intermunicipais e ou Interestaduais de Crianças ou Adolescentes fornecida pela Vara da Infância e Juventude - Terminal Rodoviário - de Belo Horizonte quanto à desnecessidade dos menores portarem autorização judicial para embarque quando acompanhados de pessoa maior de 18 anos de idade, desde que autorizada pelos pais ou responsável.*

Verifica-se pelo documento de fls. 17 que a responsável legal pela autora providenciou a documentação necessária, inclusive com firma reconhecida...

...Portanto, a ré jamais poderia ter impedido o embarque da autora e sua acompanhante uma vez que cumpriram determinações e regras impostas pela companhia e também Lei Federal.

Desta forma, resta claro o defeito na prestação do serviço a responsabilizar a empresa ré pela impossibilidade de embarque da autora...".

Destarte, configurada a responsabilidade da requerida pela falha na prestação dos serviços, de rigor a condenação no pagamento da indenização pretendida.

Cabe acrescentar que não há dúvidas de que os fatos narrados acarretaram

Acesso ao Sumário

à autora transtornos e abalos de ordem moral, em virtude dos percalços sofridos, que a impediram de embarcar no coletivo para retornar junto à sua genitora, levando-se em conta que, à época, contava com 8 anos de idade.

Consoante narrado na inicial e não impugnado pela ré, a autora e sua acompanhante foram bruscamente barradas pelo motorista do ônibus, na hora do embarque, que retirou a bagagem acondicionada, colocando-a sobre a calçada da plataforma.

Além disso, de acordo com o informado, o condutor do ônibus fechou a porta, partindo e deixando em prantos a autora, menor, e sua acompanhante.

A empresa ré, à evidência, não ofereceu pousada, alimentação ou qualquer auxílio a ambas, que necessitaram pernoitar na rodoviária ficando expostas a adversidades ou à atuação de possíveis malfeitores.

O montante indenizatório fixado (R$ 10.000,00) deve ser mantido.

A compensação dos danos morais, como é sabido, deve ser arbitrada em valor que, norteado em critério de prudência e razoabilidade, tenha em linha de conta sua natureza penal e compensatória. Aquela, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio, esta, para que a reparação pecuniária traga uma satisfação mitigadora do dano havido.

A fixação do valor deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ressaltando-se que tal quantia deverá servir de forma a impedir que o causador do dano promova atos da mesma natureza perante outros consumidores, além de promover a efetiva compensação do prejuízo suportado.

Deve-se levar em conta a gravidade e a extensão dos danos sofridos e a condição ou necessidade da vítima e a capacidade financeira do ofensor.

No caso em apreço, a autora sofreu abalos de ordem moral em razão dos fatos narrados e a exposição desnecessária a percalços e ante o sofrimento diante da ausência da mãe em situação aflitiva.

Assim sendo, considerando-se os dissabores relatados e levando-se em conta as lesões sofridas, o montante de R$ 10.000,00, deve ser mantido.

Por fim, outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0188953-

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

27.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO SAFRA S/A, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29387)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CORREIA LIMA (Presidente) e LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO - Tarifa por emissão de cheque de baixo valor - Incidência do CDC - Admissibilidade - A regulamentação de serviços bancários pelo CMN e BACEN não tem o condão de afastar a apreciação da questão à luz do CDC, que é norma de ordem pública - Tarifa cobrada somente de pessoa jurídica - Irrelevância - Se a correntista, pessoa jurídica, utilizava a conta corrente e recebia talão de cheques como destinatária final, é ela consumidora de acordo com o art. 2º, 'caput', da Lei nº 8.078/90.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Tarifa por emissão de cheque de baixo valor - Cobrança em período anterior à Resolução nº 3.518/2007, do BACEN, que proibiu expressamente a cobrança de tarifa de compensação de cheques - Cobrança ilegal - Atos normativos emanados do CMN ou do BACEN não têm prevalência sobre a Constituição Federal, nem sobre legislação infraconstitucional como o Código de Defesa do Consumidor - A falta de regulamentação expressa sobre a cobrança de tarifas bancárias não autoriza o desrespeito à Constituição Federal, que impõe à ordem econômica a observação do princípio da defesa do consumidor - Nem pode a entidade financeira violar o princípio da isonomia previsto no art. 5º, 'caput', da CF, e tratar de forma desigual os consumidores que emitem cheques, cobrando tarifas daqueles que emitem cheques considerados de baixo valor - A cobrança de tarifa por emissão de cheques

de baixo valor é ilegal porque já são cobradas do correntista outras tarifas como as de manutenção da conta corrente e de fornecimento de talões ou de folhas de cheques - Devolução de valores aos correntistas - Admissibilidade.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Tarifa por emissão de cheque de baixo valor - Cobrança ilícita - Indenização A responsabilidade civil do Banco é oriunda do risco integral de sua atividade econômica - Teoria do risco profissional - Aplicação - Os danos morais se provam 'in re ipsa', com a simples demonstração da cobrança indevida - Hipótese em que não se discute a lesão sofrida individualmente pelo cliente da entidade financeira e sim a ofensa à integridade moral coletiva dos consumidores - Dano moral coletivo - Configuração - Prática adotada pela entidade financeira, de tratar de forma desigual os clientes que emitem cheques ou de cobrar deles novas tarifas na tentativa de desestimular a prestação de serviços contratados e já cobrados dos correntistas, com nítido desrespeito à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor, configurou ofensa à dignidade dos consumidores e a seus interesses econômicos - Fixação da indenização em R$ 15.000,00, revertida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados (art. 13 da Lei nº 7.347/85) - Admissibilidade.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Ação civil pública - Propositura pelo Ministério Público - Condenação do Banco-réu ao pagamento de verba honorária arbitrada em R$ 2.000,00 - Inviabilidade - Os honorários são destinados tão somente ao advogado - Verba afastada. Ação civil pública parcialmente procedente. Recursos providos em parte.

VOTO

1. Recursos de apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente ação civil pública e condenou o Banco-réu a devolver aos correntistas o valor da taxa de emissão de cheque de baixo valor, com correção monetária a partir dos desembolsos e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

O Banco-réu sustenta ser legal a cobrança daquela tarifa, de acordo com

regulamentos do CMN e do BACEN, não se aplicando o CDC. Afirma que os correntistas tinham ciência da cobrança da tarifa, por ter sido livremente contratada e que a competência para proibir a cobrança é do BACEN, não se admitindo interferência do Poder Judiciário. Alega que a cobrança da tarifa não ameaça o equilíbrio contratual, não implica onerosidade excessiva e nem prejudica os consumidores. Pretende ainda afastar a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, pois tal verba não é devida ao Ministério Público.

O Ministério Público insiste ser devida a indenização por dano moral coletivo decorrente do desrespeito ao consumidor, especialmente porque tal verba visa desestimular comportamentos futuros. Afirma que o valor da indenização deve ser correspondente ao do dobro do valor do ganho ilícito durante o período da cobrança ou no valor de R$ 25.000,00 (soma a ser revertida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985).

Recursos tempestivos, bem processados e contrariados, com parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

2.1. É ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando a condenação do Banco-réu a devolver os valores de tarifa por emissão de cheque de baixo valor, que foram cobrados indevidamente dos correntistas, bem como a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, correspondente a duas vezes o valor daquela cobrança indevida ou a R$ 25.000,00 (soma a ser revertida em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDD).

A hipótese dos autos não discute as operações próprias do Sistema Financeiro Nacional e sim de serviços prestados por entidades financeiras a consumidores, não havendo dúvida de incidência na espécie do CDC, nos termos da súmula 297 do STJ ("O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras").

A regulamentação de serviços bancários pelo CMN e BACEN não tem o condão de afastar a apreciação da questão à luz do CDC, que é norma de ordem pública.

Além disso, a arguição de inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, foi afastada pelo STF no julgamento da Adin nº 2.591-1-DF, cuja ementa é transcrita a seguir:

"*Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. Art. 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia (art. 3º, § 2º, do CDC). Moeda e taxas de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil.*

Acesso ao Sumário

1. As Instituições financeiras estão, todas elas alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. 'Consumidor', para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros" (Rel. do acórdão Min. Eros Grau, j. em 07-6-2006).

Pouco importa se a tarifa foi cobrada somente de pessoa jurídica, pois, nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC "*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*". Logo, se a correntista, pessoa jurídica, utilizava a conta corrente e recebia talão de cheques como destinatária final, é ela consumidora de acordo com a Lei nº 8.078/1990.

2.2. É fato incontroverso, pois admitido pelo Banco-réu em sua contestação, **ter ele cobrado a tarifa por emissão de cheque de baixo valor em período anterior à Resolução nº 3.518**, de 6-12-2007, do BACEN, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2006 (cf. fl. 178).

O art. 2º, I, "h", da Resolução nº 3.518/2007 do BACEN proibiu expressamente a cobrança de tarifa de compensação de cheques:

"*Art. 2º - É vedada às instituições de que trata o art. 1º a cobrança de tarifas pela prestação de serviços bancários essenciais a pessoas físicas, assim considerados aqueles relativos a:*

I - conta corrente de depósitos à vista:

(...)

h) compensação de cheques".

Acesso ao Sumário

A falta de regulamentação pelo BACEN em período anterior à citada resolução não justifica a cobrança de tarifa por emissão ou compensação de cheque de baixo valor, que se mostra ilegal e abusiva.

Atos normativos emanados do CMN ou do BACEN não tem prevalência sobre a Constituição Federal, nem sobre legislação infraconstitucional como o Código de Defesa do Consumidor.

A falta de regulamentação expressa sobre a cobrança de tarifas bancárias não autoriza o desrespeito à Constituição Federal, que impõe à ordem econômica a observação do princípio da defesa do consumidor (cf. art. 170, V, da CF).

Nem pode a entidade financeira violar o princípio da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, da CF, e tratar de forma desigual os consumidores que emitem cheques, cobrando tarifas daqueles que emitem cheques considerados de baixo valor.

Tal prática é ilegal porque já são cobradas do correntista outras tarifas como as de manutenção da conta corrente e de fornecimento de talões ou de folhas de cheques.

O analista pericial, a pedido do Ministério Público, esclareceu que a "*compensação é um serviço prestado às instituições financeiras participantes do sistema, e não aos clientes destas instituições, embora estes venham a ser beneficiados de forma indireta*" (cf. fl. 72).

Sendo assim, não podem as entidades financeiras cobrar tarifas por serviços que são a elas prestados e não aos correntistas.

Confira-se recente decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre caso idêntico, representativa da jurisprudência daquela Corte, órgão ao qual compete, entre outras atribuições, dar a interpretação à lei federal infraconstitucional (cf. art. 105, III, da CF):

"*RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **TAXA PARA COMPENSAÇÃO DE CHEQUES DE VALOR IGUAL OU SUPERIOR A CINCO MIL REAIS**. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO. RESOLUÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. INOCORRÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIAL. **ABUSIVIDADE RECONHECIDA**. 1. Demanda coletiva proposta por associação nacional postulando o reconhecimento da abusividade da cobrança de tarifa pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Banrisul) para a compensação de cheques emitidos com valor igual ou superior a R$ 5.000,00. 2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 2. A regra do artigo 81, inciso III, do CDC autoriza expressamente a defesa coletiva dos chamados direito individuais homogêneos. Doutrina e jurisprudência. 3. Não*

Acesso ao Sumário

conhecimento do recurso especial quando a ***orientação do STJ firmou-se no mesmo sentido da decisão recorrida.*** *Súmula n.º 83/STJ. 4.* ***A Resolução n.º 3.919/10, veda expressamente a cobrança de tarifas em contraprestação de serviços essenciais às pessoas naturais****. 5.* ***Não demonstrada a efetiva prestação de serviço especial*** *a justificar a cobrança da referida taxa de compensação de cheques, deve ser reconhecida a sua* ***abusividade****. 6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*" (cf. REsp nº 1.208.567/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u., DJe 10-3-2014, sem ênfase no original).

A leitura do voto do ministro relator não deixa dúvida acerca do tema.

Acrescente-se que o Banco-réu admitiu expressamente em sua contestação serem ínfimos os valores arrecadados a título de tarifa de cheques de baixo valor [R$ 218,50 em outubro, R$ 2.042,78 em novembro e R$ 11,88 em dezembro de 2006 (cf. fl. 183)]. E, se a cobrança era insignificante, como afirmou o réu, ela não visava cobrir despesas com a compensação de cheques. Tudo indica que a finalidade da cobrança era outra, como a de desestimular a emissão de cheques de baixo valor pelos correntistas. Tal prática é abusiva nos termos dos arts. 6º, IV, 39, V, e 51, IV, XV, do CDC.

Nem se argumente com a existência de cláusulas contratuais autorizando a cobrança. É que previsão desse jaez é abusiva, por ser notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, de modo a quebrar o equilíbrio entre os contratantes, outorgando ao estipulante todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retirados os benefícios e a quem são carreados todos os ônus derivados da avença.

Deve ser mantida a sentença que condenou o réu a devolver aos correntistas os valores indevidamente cobrados a título de tarifa de cheque de baixo valor.

2.3. Como se viu no tópico anterior, comportou-se ilicitamente o Banco-réu ao cobrar a tarifa de cheques de baixo valor, em flagrante desrespeito à Constituição Federal e ao CDC.

Observe-se que do ponto de vista do dever de indenizar, a responsabilidade civil do Banco é oriunda do risco integral de sua atividade econômica (cf. Luiz Antonio Rizzatto Nunes, em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Saraiva, 1ª ed., 2000, p. 153, comentário ao art. 12). Só não é responsabilizado se provar a culpa exclusiva do consumidor (cf. § 3º, inciso III, do art. 12).

Tem lugar ainda a teoria do risco profissional:

"*Os bancos respondem pelo risco profissional assumido, só elidindo tal responsabilidade a prova, pela instituição financeira, de culpa grave do cliente ou de caso fortuito ou força maior*" (1º TACSP - 7ª C. - Ap. - Rel. Luiz de Azevedo - j. 22.11.1983 - RT 589/143, *apud* Tratado de Responsabilidade Civil, Ruy Stoco, RT, 2002, pág. 489).

Os danos morais - em regra - se provam *in re ipsa*, ou seja, com a simples

Acesso ao Sumário

demonstração da cobrança indevida.

Aqui não se discute, entretanto, a lesão sofrida individualmente pelo cliente da entidade financeira e sim a ofensa à integridade moral coletiva dos consumidores.

Pretende-se a reparação do dano moral coletivo, previsto no art.

6º, VI, da Lei nº 8.078/90:

"*Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*".

Dano moral coletivo não se confunde com dano moral individual.

O dano moral individual cuja indenização a lei prevê é aquele que ultrapassa - pela sua intensidade, repercussão e duração - aquilo que o homem médio, com estrutura psicológica normal, estaria em condições de suportar.

Já o dano moral coletivo é "*a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial*" (cf. Carlos Alberto Bittar Filho, Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro, *in* Revista de Direito do Consumidor, v. 12. São Paulo: RT, 1994, p. 55; *apud* REsp nº 636.021-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2-10-2008).

O dano moral coletivo ocorre, pois, quando o ato ilícito ultrapassa a esfera da individualidade dos ofendidos para alcançar um valor coletivo.

Ser facilmente identificável o cliente de um Banco não se mostra suficiente para afastar a indenização por dano moral coletivo.

O art. 81 do CDC estabeleceu as diferenças entre direito difuso, coletivo e individuais homogêneos.

"*Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.*

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os

Acesso ao Sumário

decorrentes de origem comum".

Observa Rizzatto Nunes:

"*O CDC permite a proteção dos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas. É por elas que o consumidor poderá ser protegido. E, o que se verifica é que, aos poucos, começa-se a descobrir a importância desse tipo de ação nos ajuizamentos feitos pelo Ministério Público ou pelas associações de defesa do consumidor. Mas, a lei consumerista, digamos assim, 'quer mais', ela 'gostaria' que existissem muitas ações coletivas, pois um de seus alicerces fundamentais na questão processual é exatamente este de controlar como um todo os atos dos fornecedores.*

Além disso, é importante lembrar que as ações coletivas são, talvez, as únicas capazes de fazer cessar aquilo que eu chamo de 'abusos de varejo': uma tática empresarial dolosa de impingir pequenas perdas a centenas ou milhares de consumidores simultaneamente.

Veja-se um exemplo disso, numa mala-direta enviada por um grande Banco:

'Prezado(a) Cliente,

Temos uma novidade que vai aumentar ainda mais a sua tranquilidade. O Serviço de Proteção do seu cartão de crédito (...) foi ampliado e, a partir do vencimento de sua próxima fatura, você contará com o novo Seguro Cartão (...).

Agora, além da proteção contra perda e roubo de seu cartão de crédito, você terá a mesma proteção para saques feitos sob coação em sua conta corrente.

E mais: com o Seguro Cartão (...) você contará com um conjunto de coberturas e serviços, como renda por hospitalização e cobertura por morte acidental e invalidez permanente em consequência de crime, além de serviços de táxi, despachante, transferência inter-hospitalar e transmissão de mensagens.

Por apenas R$ 3,50 mensais, somente R$ 1,00 a mais do que você paga atualmente, você terá acesso a todos esses benefícios.

Esta é uma segurança da qual você não deve abrir mão. Porém, caso você queira manter apenas a cobertura atual, basta que nos próximos 30 dias você entre em contato com o (...) por telefone.

Cordialmente,'

Perceba o abuso: o Banco já lançou o valor de R$ 1,00 na fatura do consumidor. Se este não tiver interesse no novo produto/serviço enviado/lançado, terá que tomar a iniciativa de telefonar para o banco para cancelar o que nunca pediu. Some-se a isso a eventual dificuldade de ligar para o banco e, se apesar da 'desistência', acabar sendo cobrado, provar que telefonou.

Agora, como trata-se de apenas R$ 1,00 ao mês, muito provavelmente

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

os consumidores nada farão, nem reclamarão. Individualmente não compensa. Mas, o banco terá enorme vantagem com seus milhares de clientes.

Somente uma ação coletiva teria eficácia na resolução desse tipo de problema" (*in* As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor, (endereço eletrônico constante no texto original)).

Há que se fazer ainda a distinção entre direito difuso e direito coletivo. Nesse sentido, anotam Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

"*Exatamente como ocorre no direito difuso, o direito coletivo é transindividual (metaindividual ou supraindividual) porque seu titular não é um indivíduo. Por terem a natureza transindividual como característica comum, o direito difuso e o direito coletivo são considerados direitos essencialmente coletivos. Há, entretanto, uma diferença. Enquanto no direito difuso o titular do direito é a coletividade, no direito coletivo é uma comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas.*

A natureza indivisível também é elemento do direito coletivo, exatamente da mesma forma como ocorre no direito difuso. Nesse aspecto as duas espécies de direito transindividual são idênticas, comungando a característica de serem direitos que não podem ser divididos e usufruídos particularmente pelos sujeitos que compõe a coletividade ou comunidade. Como ocorre no direito difuso, também no direito coletivo todos os sujeitos que compõem o titular do direito - grupo, classe ou categoria de pessoas - suportam uniformemente todos os efeitos que atinjam o direito material.

No terceiro elemento do direito coletivo, o art. 81, parágrafo único, II, do CDC foi extremamente feliz em apontar como titular do direito um grupo, classe ou categoria de pessoas, deixando claro que não são os sujeitos individualmente considerados os titulares do direito, mas sim o grupo, classe ou categoria da qual façam parte. Essa limitação do direito coletivo a sujeitos que componham uma determinada comunidade leva a doutrina a corretamente afirmar que esses sujeitos são indeterminados, mas determináveis: 'Esses interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum'" (*in* Manual de Direito do Consumidor, 2ª ed., Editora Método, 2013, p. 577).

Acesso ao Sumário

A prática adotada pela entidade financeira, a de tratar de forma desigual os clientes que emitem cheques ou de cobrar deles novas tarifas na tentativa de desestimular a prestação de serviços contratados e já cobrados dos correntistas, com nítido desrespeito à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor, configurou ofensa à dignidade dos consumidores e a seus interesses econômicos.

O STJ vem admitindo indenização por dano moral à coletividade, em

casos de prestação de serviços, como se verifica nos seguintes julgados:

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL

ADEQUADO. 1.- A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. 2.- Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012). 3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade. 4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos. 5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso; c)

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas. 6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra)" (cf. REsp. nº 1.291.213-SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 30-8-2012).

"*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERRUPÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL COLETIVO. DEVER DE INDENIZAR. 1. Cuida-se de Recursos Especiais que debatem, no essencial, a legitimação para agir do Ministério Público na hipótese de interesse individual homogêneo e a caracterização de danos patrimoniais e morais coletivos, decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia no Município de Senador Firmino, culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002. Esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ. 4. A apuração da responsabilidade da empresa foi definida com base na prova dos autos. Incide, in casu, o óbice da Súmula 7/STJ. 5. O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base. 6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ. 7. O cotejo do conteúdo do acórdão com as disposições do CDC remete à sistemática padrão de condenação genérica e liquidação dos danos de todos os munícipes que se habilitarem para tanto, sem limitação àqueles que apresentaram elementos de prova nesta demanda (Boletim de Ocorrência). Não há, pois, omissão a sanar. 8. Recursos Especiais não providos*" (cf. REsp nº 1.197.654-MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 1º-3-2011).

Acesso ao Sumário

Cabível, portanto, a indenização por danos morais coletivos.

2.4. A doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Forense, 1989, p. 67).

Ainda que se abstraia a ideia de produzir no causador do mal um impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado, persiste a necessidade da reparação pecuniária, como medida apta a compensar a sensação de dor do ofendido com uma sensação agradável em contrário, a ponto de a paga em dinheiro representar- lhe uma satisfação, moral ou psicológica, capaz de neutralizar ou remediar o sofrimento impingido.

Esta Câmara tem procurado, dentro do possível, estabelecer critério objetivo de arbitramento de indenização, conforme seja de pequena, média ou grande intensidade o dano moral, com base na regra de experiência fundada no que habitualmente ocorre na psique do homem médio. E bem certo é que se devem considerar certos parâmetros para o fim de arbitramento da verba reparatória, como as condições financeiras e sociais das partes e a intensidade do dano, buscando-se, por meio da reparação, dar conforto psicológico à vítima e, ao mesmo tempo, sancionar o causador do fato danoso, a fim de que tome a devida cautela no exercício de sua atividade e evite a reincidência.

Assim, a reparação pecuniária deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando abusos e exageros, nem meros valores simbólicos, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e às condições das partes, orientando-se o juiz com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

No caso, o Banco-réu cobrou a tarifa de cheque de baixo valor por curto período de tempo (3 meses) e somente de pessoas jurídicas.

Sopesados todos esses fatores acima elencados, aliados ao grau da lesão e à necessidade de que a indenização atenda uma relação de proporcionalidade, justificam o arbitramento da indenização em R$ 15.000,00 (atualizados da data deste acórdão, de acordo com a Tabela Prática deste Tribunal e com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação), a ser revertida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, de acordo com o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

2.5. O Banco-réu foi condenado ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em R$ 2.000,00 (cf. fl. 332 vº).

"Em caso de procedência da pretensão ajuizada em ação civil 'ex delicto' pelo Ministério Público, ilegítima a condenação do vencido ao pagamento dos

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios, tendo em vista que, por definição legal (art. 23 da Lei 8.906/94), os honorários são destinados tão somente ao advogado" (STJ-4ª T., REsp 34.386-SP. rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 24.2.97, negaram provimento, v.u., DJU 24.3.97, p. 9.019). No mesmo sentido: Bol. AASP 2.365/3.052 (**in** Theotonio Negrão e José Roberto Gouvêa, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 38ª ed., Saraiva, 2006, nota 3b ao art. 20, pág. 144).

Fica, pois, o Banco-réu condenado ao pagamento de custas e despesas processuais, afastada a verba honorária arbitrada na sentença.

3. Deram parcial provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012082-02.2012.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é apelante PAULO SERGIO BATISTA, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13849)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente), COUTINHO DE ARRUDA e JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2015.

LUÍS FERNANDO LODI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Improcedência do pedido inicial - Pretensão do apelante na condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos - Afastamento - Apelante que foi barrado na porta giratória da agência bancária do apelado, posto que calçava sapato com bico de ferro - Utilização de porta giratória com detector de metais que visa garantir a segurança comum nas dependências da agência bancária - Inexistência de comprovação de conduta abusiva ou vexatória por parte da instituição financeira - Dano moral não configurado - Sentença mantida - Aplicação das disposições contidas no artigo

Acesso ao Sumário

252, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Improvido.

VOTO

1. Apelação interposta por Paulo Sérgio Batista junto à ação de indenização por danos morais proposta por este em face de Banco do Brasil S/A, cuja sentença de fls. 72/74, proferida pelo Magistrado Paulo Henrique Stahlberg Natal, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega que foi impedido de adentrar em agência bancária do apelado, uma vez que estava usando sapato com bico de ferro. Esclarece que é construtor civil, de sorte que utiliza equipamento de proteção individual, sendo que vem passando constrangimentos para descontar os cheques que recebe pelos serviços prestados. Requer a reforma da sentença, para condenar o apelado no pagamento de indenização pelos danos morais sofridos, nos moldes em que pleiteados na petição inicial (R$ 12.440,00).

Recurso tempestivo, regularmente processado e contrariado.

2. Trata-se de ação em que o apelante visa a indenização pelos danos morais, em decorrência dos constrangimentos sofridos ao ser impedido de adentrar na agência do banco apelado.

O provimento jurisdicional atacado julgou improcedente o pedido inicial, não merecendo reparos, devendo-se aplicar no caso as disposições contidas no artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça[1], assim como inúmeros julgados desta Corte[2].

Bem fundamentou a sentença hostilizada quando afastou a pretensão inicial (fl. 73):

"No caso, analisando a narrativa inicial, tenho que não restou demonstrado nenhum excesso por parte dos funcionários da instituição financeira demandada a ocasionar os abalos extrapatrimoniais alegados pela parte autora. É que o demandante, à época dos fatos, exercia a profissão de construtor civil, pretendendo ingressar no estabelecimento bancário com equipamento de proteção individual (sapato com grande quantidade de metal).

Contudo, tal como afirmado na própria petição inicial, e é de extrema relevância para o deslinde da ação, o autor não deixou de ser atendido

---

1 Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

2 Apelação nº 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, 1ª Câmara, São Paulo, em 17/06/2010; Apelação nº 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, 2ª Câmara, São José do Rio Preto, em 29/06/2010; Apelação nº 9940500973556, Rel. Des. James Siano, 5ª Câmara, Barretos, em 19/05/2010; Apelação nº 99404073760-8, Rel. Des. Paulo Alcides, 6ª Câmara, Indaiatuba, em 01/07/2010; Apelação nº 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, 11ª Câmara, Lins, em 20/05/2010; Agravo de Instrumento nº 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, 15ª Câmara, Atibaia, em 13/04/2010.

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

pelo requerido.

(...)

Com efeito, a utilização da porta giratória com detector de metais, além de imposição legal, é ônus suportado pela coletividade em prol da segurança comum e nenhuma abusividade se configura no impedimento de acesso do consumidor em função dela, salvo se restar demonstrado que os prepostos do banco procederam de forma abusiva ou vexatória, o que não ocorreu no caso".

A fundamentação do provimento jurisdicional abordou todas as matérias objeto de insurgência do apelante, decidindo-se de maneira clara e precisa, razão pela qual sua ratificação é de rigor, nada havendo a ser complementado.

Pelo meu voto, então, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040585-45.2010.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA APARECIDA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HSBC BANK BRASIL S/A BANCO MÚLTIPLO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16458)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2015.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - Pretensão de que o banco seja condenado a devolver o aparelho de DVD ou o seu valor correspondente - Cabimento - Hipótese em que há nos autos do processo elementos de convicção apontando que o aparelho instalado no veículo foi adquirido pela autora - Dano material configurado - RECURSO PROVIDO.

DANO MORAL - Pretensão de que o banco seja condenado a compensar o dano moral configurado pela busca e apreensão do veículo e a não devolução

do aparelho de DVD - Descabimento - Hipótese em que o banco não causou dano de ordem moral à autora - Ausência de ato ilícito praticado pela instituição financeira - Exercício regular de direito ao requerer a busca e apreensão do veículo - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Irresignada com o teor da respeitável sentença, que julgou improcedentes os pedidos formulados em demanda ajuizada em face de HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo, apela a autora.

Sustenta, em apertada síntese, que a manutenção da r. sentença gerará enriquecimento sem causa ao banco, pois demonstrou que o aparelho de DVD estava instalado no veículo quando aendido pelo oficial de justiça.

Alega, ainda, que faz jus à compensação pelo dano moral causado pelo banco.

Recurso bem processado, com resposta.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, constou do auto de busca e apreensão e depósito a existência de um aparelho de DVD no veículo apreendido.

E embora a nota fiscal trazida pela recorrente esteja em nome de terceiro, o endereço é o mesmo da autora, de modo que, como afirmado por ela, a nota fiscal foi lançada no nome de seu companheiro (fls. 97).

Assim, o pedido de devolução do valor do aparelho deve ser acolhido, evitando-se o enriquecimento sem causa por parte do banco apelado.

Quanto ao alegado dano moral, sem razão a autora.

De fato, a ação de busca e apreensão do veículo em razão da inadimplência da autora, ora apelante, é exercício regular de direito do banco.

Ademais, com a apreensão do veículo, o oficial de justiça anotou todos os seus acessórios, possibilitando, como no presente caso, a devolução daqueles que não foram adquiridos com o veículo.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso** para determinar a devolução do aparelho DVD ou de seu valor corrigido monetariamente, com juros de mora desde a citação. Reconhecida a sucumbência recíproca, deve cada parte arcar com os honorários de seu respectivo patrono e com as despesas a que tiver dado causa.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012472-12.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante MARIA HELENA RAIMUNDO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado LOSANGO PROMOÇÕES DE VENDAS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.354)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente sem voto), CAUDURO PADIN, vencedor, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, vencida e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2015.

CAUDURO PADIN, Relator Designado

Ementa: Exibição de documentos. Procedência da lide, com imposição de verbas de sucumbência à autora. Incorreção, que merece reparo. Atendimento ao princípio da causalidade. Cabível a condenação do réu aos ônus sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios. Reforma da decisão combatida. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Consta dos autos:

"*Medida cautelar de exibição de documentos, julgada procedente, pela r. sentença (fls. 67/69), cujo relatório se adota, condenada a requerente ao pagamento das verbas da sucumbência, com a ressalva do art. 12, da Lei nº 1.060/50.*

Irresignada, apela a requerente, asseverando, em síntese, que houve resistência da empresa-requerida ao não atender à notificação extrajudicial e que, por ter dado causa à propositura da ação, a empresa-requerida deve arcar com as verbas da sucumbência. (fls. 71/80).

Recurso tempestivo e sem preparo, por ser a requerente beneficiária da assistência judiciária, sem resposta da empresa-requerida (fls. 16/17)."

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Exigir toda a documentação referente a eventuais negócios jurídicos havidos entre as partes é direito do cliente e a exibição, dever da entidade financeira.

No caso em apreço, ainda que o réu tenha procedido à exibição de contrato no decorrer do processo (fls. 54/60), o certo é que de fato deu causa à interposição da demanda, já que não há comprovação de que tenha fornecido cópia à autora em anterior oportunidade.

Está demonstra do nos autos que houve a tentativa de obtenção dos documentos na via administrativa (fls. 11/12), porém, infrutífera.

Ademais, segundo orientação iterativa do STJ, a imposição de condicionantes ao dever de exibir, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista (ou seja, tarifas administrativas) e a prévia recusa administrativa da instituição financeira é inadmissível.

Desta forma, é inequívoco que não havia outra solução senão a propositura da presente ação e seu julgamento pela procedência.

No tocante às custas processuais e verba honorária, ressalte-se a lição do eminente Yussef Said Cahali:

> "(...) A sucumbência será, sob um plano conceitual e estático, ao mesmo tempo, o elemento normalmente revelador mais expressivo da causalidade, pois, normalmente, aquele que sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo, fazendo surgir a necessidade da utilização do instrumento do processo, para que o titular do direito obtivesse coativamente aquilo que espontaneamente não havia obtido".

E ainda:

> "Na lição de Carnelutti, válida para nosso Direito, a raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios; o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa.
>
> (...)
>
> Na realidade, a jurisprudência já vinha decidindo que a regra da responsabilidade pelos encargos do processo não se vincula necessariamente à sucumbência, aplicando de maneira implícita o princípio da causalidade" (Yussef Said Cahali, Honorários Advocatícios, Ed. RT, p. 43/44 e 51/52).

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

E no que tange aos honorários advocatícios vige o princípio da causalidade, que tem por premissa básica o prejuízo.

Em outras palavras, a condenação em custas e honorários advocatícios é uma forma de ressarcir o vencedor da demanda, pelos prejuízos decorrentes da constituição de defensor, para defesa de seus interesses e dos encargos ordinários com o processo.

Na hipótese, é certo que o apelado deu causa à presente ação, bem como, à contratação de advogado pela apelante para satisfação de seu direito, sendo devida a condenação ao pagamento de custas processuais e verba honorária, não havendo que se falar em imposição da sucumbência à autora.

O réu deverá arcar com as custas e despesas processuais, assim como com a verba honorária, que cabe ser fixada nos termos dispostos no § 4º do art. 20, do Estatuto Processual.

"Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do art. 20, CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos" (STJ, REsp nº 226.030/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Por isto, considerando o disposto no art. 20, § 4º e também os critérios estabelecidos no § 3º do Código de Processo Civil, bem como a natureza e complexidade da ação, o trabalho profissional, o tempo decorrido e ainda, critério equitativo, a verba honorária cabe ser fixada em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso, impondo ao réu os ônus sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios, nos termos retro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009735-40.2011.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que é apelante DANILA FIGUEIREDO DA SILVA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado NATURA COSMÉTICOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1600)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente) e VICENTINI BARROSO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 19 de fevereiro de 2015.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - Danos morais - Atraso de aproximadamente dois anos para pagamento do débito - Apelante que não pode valer-se da própria torpeza - Recurso desprovido.

VOTO

Recurso à r. sentença proferida pela MM. Juíza Cassia de Abreu que, nos autos da ação de indenização por danos morais c.c. pedido de tutela antecipada, julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, julgando extinto o processo, com apreciação do mérito, com fulcro no artigo 269, I, do CPC. Busca a autora a reforma do decidido com a condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

Narra a inicial, em síntese, que a autora, como revendedora dos produtos da NATURA COSMÉTICOS S/A, adquiriu alguns produtos no mês de julho de 2009, no valor de R$ 240,00. No entanto, não conseguiu honrar o pagamento e após composição amigável, efetuou o pagamento no dia 24 de junho de 2011 (quase dois anos depois).

Em seguida, no dia 14 de julho de 2011 (vinte dias depois do pagamento) tentou realizar uma compra e não teve sucesso, pois seu nome ainda continuava inscrito nos cadastros de proteção ao crédito. Pede indenização por danos morais.

Em contrarrazões a apelada demonstra que procedeu à exclusão da negativação do nome da autora aos 16 de julho de 2011 (cf. fl. 79).

Equacionada a questão verifica-se que a autora ficou em débito com a apelada pelo período de quase dois anos e que, após realizar o pagamento, teve a expectativa de retirada imediata de seu nome dos cadastros de inadimplentes.

E, como a retirada não foi imediata, a autora se acha no direito de requerer indenização por danos morais.

Vale salientar que, de acordo com as contrarrazões, a exclusão da negativação efetivou-se 22 dias após o pagamento.

E, se a autora deseja que seus dois anos de atraso para pagamento sejam considerados “normais”, deve também pensar que vinte e dois dias para a exclusão da negativação é considerado um prazo razoável e apto a ser entendido.

Assim analisando a questão, não podemos concluir que a apelante atrasar o pagamento por quase dois anos e ter seu nome negativado gera o direito

Acesso ao Sumário

de receber indenização por danos morais; E, a apelada prestar os serviços, demorar quase dois anos para receber por eles, e não realizar a comunicação do pagamento imediatamente, gera a obrigação de pagamento de indenização por danos morais. Impossível utilizar-se de dois pesos e duas medidas.

Portanto, os fatos aqui narrados não induzem à eclosão de danos morais. Frise-se que o fato gerador dos eventos aqui tratados só pode ser debitado à ela recorrente que assim não pode valer-se da própria torpeza.

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000015-71.2010.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante EDISON FUJIURA, são apelados AILTO SILVA GARCIA (JUSTIÇA GRATUITA) e VANIA BATISTA GARCIA.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.877)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), RICARDO NEGRÃO e MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 23 de março de 2015.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação - Contrato de mútuo - Embargos à execução - Sentença de acolhimento dos embargos - Executados, fiadores, que residem no imóvel penhorado, possuindo sobre ele usufruto vitalício - Inaplicabilidade do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 à espécie - Usufruto impenhorável (CC, art. 1.393) - Possibilidade, porém, de penhora da nua-propriedade - Sentença parcialmente reformada, com o acolhimento parcial dos embargos, apenas para que a penhora recaia sobre a fração ideal da nua-propriedade pertencente aos coexecutado/embargantes. Apelação a que se dá parcial provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de embargos à execução opostos por AILTO SILVA GARCIA e VANIA BATISTA GARCIA frente à execução por título extrajudicial que lhes move EDISON FUJIURA.

A r. sentença acolheu os embargos, declarando a impenhorabilidade do imóvel doado pelos coexecutados fiadores aos embargantes e outros (fls. 159/160).

Apela o vencido, argumentando o que segue, em síntese: (a) o imóvel foi dado em garantia, não podendo ser considerado bem de família, nos termos do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90; (b) ao contrário do que constou da sentença, o apelante impugnou os fatos alegados nos embargos à execução (fls. 184/194).

2. Recurso tempestivo (fl. 182 e 184), preparado (fls. 195/196) e respondido (fls. 215/220).

É o relatório do essencial, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

3. Diversamente do que constou da r. sentença, o apelante, ao impugnar os embargos à execução, não se limitou a "pedir o reconhecimento de inépcia da inicial", mas trouxe outros argumentos, dentre eles o de que o imóvel não poderia ser considerado bem de família, nos termos do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 (fls. 36/41).

No entanto, ao contrário do que sustenta o apelante, a hipótese dos autos não se subsume ao mencionado dispositivo, pela simples razão de não se tratar a espécie de *"execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar"*, mas de simples execução de contrato de mútuo.

4. É de se anotar, contudo, que a r. sentença partiu de falsa premissa, ao proclamar a impenhorabilidade do imóvel com base na Lei nº 8.009/90.

Observe-se que o imóvel penhorado, antes pertencente aos fiadores coexecutados Jorge Garcia e Odete da Silva Garcia, foi doado aos executados, ora apelados, e a outros, tendo os primeiros reservado para si o usufruto vitalício do bem (v. fls. 44/46).

E o apelante não impugna a alegação de que os usufrutuários, os coexecutados Jorge e Odete, residem no imóvel penhorado, situado na Rua Afrodísio de Mattos, n° 118, antiga Rua Guaiuba, n° 44 (v. fl. 44).

Assim é que a impenhorabilidade diz respeito ao usufruto e, não, propriamente, ao imóvel.

Bem é de ver que, nos termos do art. 1.393 do CC, o usufruto não pode ser transferido por alienação e, de conseguinte, é impenhorável.

Tal impenhorabilidade favorece os usufrutuários, por isso que, em princípio, haveria de ter sido por eles alegada. E os usufrutuários não embargaram

Acesso ao Sumário

nem suscitaram a impenhorabilidade nos autos da execução.

Trata-se, porém, de tema de ordem pública.

Donde ser plenamente possível a este órgão de segundo grau proclamar a impenhorabilidade do usufruto.

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTCO ENTRE O ACÓRDÃO PROFERINDO *IN CASU* E OS PARADIGMAS COLACIONADOS. CONFIGURAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o Magistrado pode conhecer de ofício matéria de ordem pública - no caso, a impenhorabilidade de bem de família -, sem que isso configure julgamento extra petita. Precedentes. (...) 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp nº 140.598/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014 - grifei).

5. Contudo, no que concerne aos executados/apelados, é de se observar que são eles titulares de 1/5 do imóvel penhorado, na qualidade de nu-proprietários.

E nada obsta a penhora da nua-propriedade.

A respeito, tem-se que *"O direito real de usufruto não é penhorável (RT 797/274), mas a penhora pode recair sobre a nua-propriedade (STJ-RDPr 43/409: 3ª T., REsp. 925.687, com a ressalva de que se resguarda 'o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção'...)"* (Precedente apontado na obra de THEOTONIO NEGRÃO, 32ª ed., em anotações ao art. 1.393 do CC, verbete "3").

Desse modo, é de se manter a penhora sobre 1/5 do imóvel, correspondente à fração ideal de titularidade dos apelados na nua-propriedade do bem.

Em suma: embora por outros fundamentos que não os invocados pelos embargantes/apelados, a ação incidental comporta apenas parcial acolhida, para restringir a penhora à fração ideal pertencente aos apelados na nua-propriedade do imóvel.

Recíproca a sucumbência, cada parte arcará com metade das despesas processuais, compensados os honorários de advogado.

Nesses termos, meu voto **dá parcial provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010210-29.2009.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, é apelado J & F PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte e na parte conhecida afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente Dr. Gustavo Barbaroto Paro.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29390)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAM MARINHO (Presidente) e HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO.

São Paulo, 4 de março de 2015.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Apelação - Ação de reintegração de posse com pedido liminar, cumulada com pedidos de recuperação ambiental da área, perdas e danos e cominação de pena pecuniária - Insurgência contra a r. sentença que julgou improcedente a demanda - Inadmissibilidade - Deserção não configurada - Preclusão da matéria referente a ilegitimidade das partes - Conjunto probatório que não convence sobre a prática de atos possessórios (uso ou gozo) da apelante sobre a coisa, e a posterior perda, devido ao comportamento da apelada - Regras contidas nos artigos 331, I, e 927 do CPC, não cumpridas - Impossibilidade de conversão do julgamento em diligência - Prequestionamento - Preliminares parcialmente conhecidas e afastadas - Recurso improvido.

VOTO

1) Cuida-se de "ação de reintegração de posse com pedido liminar, cumulada com pedidos de recuperação ambiental da área, perdas e danos e cominação de pena pecuniária" (folhas 02/17), julgada improcedente (folhas 298/302), cujo relatório fica adotado.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

A apelação é da CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, em folhas 307/324.

Em síntese, argumenta que a r. sentença destoa do material processual produzido, eis que apesar de mencionar que a apelante é legítima possuidora da área descrita na inicial, fato confirmado no laudo pericial e admitido pela apelada, a ação foi julgada improcedente.

Aduz que restou comprovada a existência de benfeitorias na área de propriedade da apelante, as quais devem ser retiradas, e reparados os danos ambientais ocasionados por sua irregular ocupação.

Como pedido alternativo, requer a conversão do julgamento em diligência, para realizar nova pericia judicial.

Por fim, requer o prequestionamento de toda matéria debatida, em especial dos artigos 927, 1.208, 1.210 e 1.219, do Código Civil; artigos 20, 183, § 3º, e 225, da Constituição Federal; artigo 302, da Resolução COMANA; e artigo 920 e seguintes do Código de Processo Civil.

O apelo foi recebido no duplo efeito (folhas 335).

Contrarrazões da apelada em folhas 336/350. Em preliminar, alega que o recurso interposto é deserto, pois as guias originais de preparo não foram acostadas no ato de interposição, como determina o artigo 511, do CPC. Ainda em preliminar, requer o conhecimento e julgamento das arguições de ilegitimidade ativa e passiva, que não foram apreciadas pela r. sentença.

Recurso regularmente processado e preparado (folhas 326/328 e 332/334).

É o relatório.

2) **Das preliminares arguidas nas contrarrazões recursais.**

De plano, quanto à alegação de que não houve apreciação da matéria preliminar arguida em contestação, consistente na arguição de ilegitimidade ativa e passiva, é oportuno observar que, conforme a própria apelada reconhece em suas contrarrazões, na r. decisão saneadora em folhas 202/204, foi consignado que as preliminares suscitadas se confundem com o mérito, e lá devem ser enfrentadas.

Contra tal decisão não houve a interposição de recurso no momento oportuno. Logo, a matéria preliminar de ilegitimidade ativa e passiva resta alcançada pela preclusão, nos termos do art. 473 do CPC.

No tocante a alegação de que o recurso interposto é deserto, pois as guias originais de preparo não foram acostadas no ato de interposição, como determina o artigo 511, do CPC, devem ser feitas as seguintes considerações.

O artigo 511, do Código de Processo Civil, dispõe que:

"Art. 511. No ato de interposição do recurso, **o recorrente comprovará**, quando exigido pela legislação pertinente, **o respectivo preparo**, inclusive

Acesso ao Sumário

porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção." (destaques do relator).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery na obra Código de Processo Civil Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, página 881, anotam:

"**2. Preparo**. É um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade dos recursos e consiste no pagamento prévio das custas relativas ao processamento do recurso, incluídas as despesas de porte com a remessa e o retorno dos autos. A ausência ou irregularidade no preparo ocasiona o fenômeno da preclusão, fazendo com que deva ser aplicada ao recorrente a pena de *deserção*, que impede o conhecimento do recurso."

Conforme destacado, é oportuno observar que a legislação exige a comprovação do recolhimento do preparo, no ato de interposição do recurso. Todavia, inexiste ressalva de que tal comprovação deve ser feita pela via original das respectivas guias.

Assim, conforme se verifica em folhas 326/328, a apelante comprovou o recolhimento do preparo, tempestivamente, no ato de interposição do recurso. E, em seguida, acostou as vias originais das guias (folhas 332/334), justamente para evitar eventual alegação de deserção do recurso.

Dessa forma, comprovado o recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso, ainda que através de cópias, não há que se falar em deserção.

Nesse sentido, decidiu recentemente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. COMPROVAÇÃO DO PREPARO. CÓPIA DAS GUIAS DE RECOLHIMENTO COM TODOS OS ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. DESERÇÃO AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO. 1. É vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa. 2. **No caso dos autos, a deserção da apelação deve ser afastada, haja vista que a parte juntou cópia das guias de recolhimento devidamente preenchidas, constando corretamente os códigos do recolhimento e o número do processo a que se referem. A exigência de juntada dos comprovantes de pagamento originais não consta no art. 511 do CPC, de modo que obstar o prosseguimento do recurso por deserção configura excesso de formalismo.** 3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido." (AgRg no REsp nº 1474725/GO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Órgão

Acesso ao Sumário

Julgador T2 - SEGUNDA TURMA STJ, J. 11/11/2014) (destaques do relator).

Portanto, não se conhece da matéria acerca da alegada ilegitimidade das partes, ante a preclusão e, não configurada a deserção do recurso, ficam afastadas as preliminares arguidas nas contrarrazões recursais.

Do mérito.

É oportuno deixar anotado que, "in casu" deve ser aplicada a máxima *Da mihi factum dabo tibi jus*, ou seja, "Dai-me os fatos que te darei o Direito".

O exame dos autos revela que, a "ação de reintegração de posse com pedido liminar, cumulada com pedidos de recuperação ambiental da área, perdas e danos e cominação de pena pecuniária" (folhas 02/17), foi proposta sob a alegação de que a apelada, desde 10/05/2008, "passou a ocupar 0,0270 ha", da área de sua propriedade e, sem autorização, construiu tubulações e bombas, localizadas na faixa de segurança, conforme Relatório de Inspeção Ambiental e Patrimonial - RIAP/7655/02/2008 (folhas 56/62).

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (folhas 64).

Houve contestação (folhas 72/96) e réplica (folhas 155/163). Em audiência preliminar, não houve conciliação (folhas 187). Proferida e publicada em audiência a decisão saneadora em folhas 202/204, que determinou a realização de prova pericial.

Apresentado o laudo pericial (folhas 262/279), as partes apresentaram suas manifestações (folhas 281/286 e 289/290).

Sobreveio a r. sentença (folhas 298/302), que julgou improcedente a ação, por entender que não foram atendidos os requisitos do artigo 927, do CPC, e não foi comprovada a existência de benfeitorias construídas em área de posse ou propriedade da apelante.

Daí a irresignação da apelante, que não comporta acolhimento.

Com efeito, ao disciplinar os requisitos da ação de reintegração de posse, o artigo 927 do CPC, determina que é ônus do autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data da ocorrência e a perda da posse.

Por sua vez, o artigo 1.196 do CC/02, define o que deve ser entendido por possuidor:

"Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade."

Portanto, a interpretação sistemática dessas regras permite concluir com tranquilidade que para provar a condição de possuidor, o autor da ação de reintegração de posse deverá demonstrar que mantinha exercício de fato sobre a coisa no tocante a usar, gozar e dela dispor (art. 1.228 do CC/02) e que foi privado desse comportamento por ato do réu.

Isso porque a posse é um estado de fato evidenciado pela conduta de

Acesso ao Sumário

quem tem o exercício pleno ou não de algum dos poderes que são inerentes à propriedade, na dicção do art. 1.196 do Código Civil, ou, no dizer de CLÓVIS BEVILACQUA, "Direito das Coisas", vol. I, p. 29, "É o exercício, de fato, dos poderes constitutivos do domínio ou propriedade, ou de algum deles somente".

No caso "sub judice", malgrado os esforços do zeloso procurador da apelante, o conjunto probatório não convence sobre a prática de atos possessórios (uso ou gozo) da recorrente sobre a coisa e a posterior perda, devido ao comportamento da apelada.

Na verdade a pretensão da apelante é dar a ação possessória natureza petitória; ou seja, pretende que seja valorizada a propriedade, servindo esta para demonstrar a posse anterior. Todavia, sabe-se que posse e propriedade são institutos de direito de natureza totalmente diversa, gozando esta da proteção judicial em face do proprietário, que tem as vias processuais adequadas para, com base no título, pleitear a posse.

Não comprovada sua posse em toda a extensão da área pretendida, deixou a apelante de cumprir com o ônus previsto no artigo 333, inciso I, da Lei de Ritos, além do que não atendeu os requisitos previstos no artigo 927, da referida lei, de modo que a pretensão recursal de reforma da r. sentença não pode ser acolhida.

É oportuno observar que, ao contrário do que alega a apelante, nem a r. sentença, nem o laudo pericial reconhecem que a apelante é legítima possuidora da área descrita na inicial.

Ao revés, como muito bem decidiu o nobre magistrado sentenciante, o pedido de reintegração de posse é improcedente, pois o laudo pericial em folhas 262/279, não impugnado pela apelante, concluiu não haver possibilidade de se verificar, com precisão, se houve ocupação da apelada em área pertencente à apelante, ante a ausência de demarcações precisas da propriedade, constante do título de transcrição nº 7.705, que indica pontos de amarração atualmente inexistentes, ou parcialmente submersos (folhas 276).

Diante da impossibilidade de se verificar a exata extensão da área de propriedade da apelante, consequentemente, não é possível auferir se houve esbulho da área, tampouco precisar se as benfeitorias realizadas pela apelada estão em área pertencente à apelante, de forma que se mantém a improcedência da ação.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Câmara:

"Possessória. Reintegração. Mera detenção. Exercício da posse e esbulho não comprovados. Ônus probatório do autor. Aplicação do art. 333, I, do CPC. Requisitos do art. 927, do CPC não preenchidos. Sentença reformada. Recurso provido." (AP nº 4001061-73.2013.8.26.0161, Relator Des. Henrique Rodriguero Clavisio. Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado TJSP, J.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

11/06/2014).

"REINTEGRAÇÃO NA POSSE. Bem imóvel. Ausência dos requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil. A mera alegação da boa-fé do autor não tem o condão de ilidir o justo título do réu. Inexistência da posse justa do apelante. O esbulho não restou caracterizado. Demanda julgada improcedente. Decisão mantida. Recurso improvido." (AP nº 0001257-54.2010.8.26.0020, Relator Des. Carlos Alberto Lopes, Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 09/04/2014).

Outrossim, considerando que o laudo pericial em folhas 262/279, além de não impugnado, teve a concordância da apelante (folhas 289/290) e de seu assistente técnico (folhas 291/295), não é possível em fase recursal requerer a conversão do julgamento em diligência para realização de nova prova pericial, que fica indeferida.

Por derradeiro, consigna-se que, não comprovado o esbulho sobre área pertencente à apelante, não há que se falar em afronta ao disposto nos artigos 1.208, 1.210 e 1.219, do Código Civil, tampouco aos artigos 20, 183, § 3º e 255, da Constituição Federal; artigo 302, da Resolução COMANA; e artigo 920 e seguintes do Código de Processo Civil.

Mediante tais considerações, mantém-se incólume a r. sentença da lavra do eminente magistrado, Doutor Douglas Borges da Silva, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A fim de que se possa manejar recursos às instâncias superiores, considera-se prequestionada toda a matéria inserta no recurso.

3) Ante o exposto, parcialmente conhecidas e afastadas as preliminares arguidas pela apelante, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021439-63.2011.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é apelado ANDRÉ LUNA DE ARAUJO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.968)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e MARINO NETO.

São Paulo, 10 de março de 2015.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO - Compra com cartão - Restou devidamente demonstrado que a compra realizada não foi feita pelo autor - Cobrança indevida - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em *"ação declaratória de inexigibilidade de dívida c/c indenização por danos morais e materiais"* proposta por ANDRÉ LUNA DE ARAUJO SANTOS contra BV FINANCEIRA S/A, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para *"para confirmar a antecipação de tutela e para declarar a inexigibilidade: a) da cobrança da compra realizada na Pompi Confecções em 05.02.2008 ou 2009, no valor de R$ 980,00 (fl. 13), lançado a débito na fatura de março de 2009 (fl. 12) do cartão de crédito nº 5188430089998043, do autor junto ao Banco Votorantim/BV Financeira, com bandeira Mastercard; b) dos encargos moratórios lançados na fatura do cartão de crédito do autor (R$107,99, R$ 9,91, R$ 8,62 e R$ 1,22 - fl. 13, verso); c) das 10 prestações mensais de R$ 156,73 cada (fls. 15 e 18), cujos valores deverão ser restituídos ao autor na fase de cumprimento de julgado, precedida de liquidação com prova do efetivo pagamento e correção monetária pela Tabela Prática de Cálculos do TJSP a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Na forma da fundamentação, improcede a ação no que tange à indenização por danos morais. Em face da sucumbência parcial e proporcional, não haverá condenação em verbas sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios."* (fls. 135/139).

Recorre a ré. Alega estar ausente a obrigação de indenizar, diante da ausência de fatos constitutivos do direito do autor. Sustenta que não houve qualquer prejuízo de ordem material ao autor.

Recurso recebido e contrariado (fls. 151/157).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

A insurgência do réu não merece acolhida.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir.

Consigna-se que a r. sentença assentou corretamente:

Acesso ao Sumário

"O autor impugnou a compra relativa ao lançamento, na fatura de seu cartão de crédito, relativa à operação comercial que teria sido realizada na Pompi Confecções, no dia 05 de fevereiro de 2009, no valor de R$ 980,00 (fl. 12, especialmente no verso).

Houve, inclusive, contestação administrativa da cobrança inquinada como indevida pelo autor, mas a solicitação de seu cancelamento foi rejeitada pela ré (fl. 13), sob a assertiva de que 'não foi constatada nenhuma irregularidade, portanto o referido valor será lançado em sua (do autor) próxima fatura e estará sujeito à cobrança de encargos' (fl.13).

Como comprovação da compra e, por consequência, da legitimidade da cobrança realizada, a ré apresentou o documento expedido pela REDECARD copiado também à fl. 13.

Negada a compra pelo autor, foi dada oportunidade à ré de apresentar o documento original comprovante da compra, para que este Juízo pudesse realizar perícia grafotécnica e documentoscópica e, dessa forma, obter prova segura de ser ou não do autor a assinatura lançada naquele documento, mas a ré não demonstrou interesse algum na respectiva juntada (fl. 107), inviabilizando a prova pericial.

Sem a prova pericial - muito mais segura - resta a este Juízo, neste momento de elaboração da sentença, formar a convicção diante dos elementos constantes dos autos.

Daí, pela comparação entre as assinaturas atribuídas ao autor na procuração e na declaração de pobreza (fls. 10/11) e no documento que provaria a compra impugnada (fls. 13 e 108), a única conclusão possível é a de que não foi o autor quem assinou o boleto de compra.

A assinatura do comprador é, até mesmo, diferente do nome manuscrito pelo autor no recibo de entrega do cartão (fl. 120).

A entrega, aliás, foi realizada ao autor em 10.10.2008 (fl. 120) e o boleto de compra, embora lançado na fatura de março de 2009 (fl. 12), está datado de 05.02.08 (fl. 13 e 108, este juntado pela ré), ou seja, mais de 08 (oito) meses antes da entrega, o que torna absolutamente sem explicação como tudo isso teria ocorrido." (fls. 135/139).

De fato, pelos elementos dos autos, restou devidamente demonstrado que a compra realizada na Pompi Confecções não foi feita pelo requerente.

Primeiro porque o autor recebeu seu cartão apenas em outubro de 2008 (fl. 120), sendo que a compra foi realizada estranhamente em momento anterior, em fevereiro de 2008 (fl. 13). No mais, a própria assinatura, constante do comprovante da operação, visivelmente mostra-se totalmente diferente da assinatura do autor, conforme comparação entre as fls. 10 e 13 do processo.

Assim, não tendo a compra sido efetuada pelo autor, agiu com acerto o D. Juízo "a quo" ao reconhecer a inexigibilidade da dívida.

Quanto à alegação do réu de ser descabida a condenação por danos materiais, restou devidamente consignado na r. sentença que os *"valores deverão ser restituídos ao autor na fase de cumprimento de julgado,* ***precedida de liquidação com prova do efetivo pagamento****"*.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001027-62.2010.8.26.0262, da Comarca de Itapeva, em que são apelantes PAULO R. DE ALMEIDA JÚNIOR ITABERÁ ME e VIVO S/A, é apelado JHANI DE CARVALHO NITO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.151)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIL COELHO E RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 11 de março de 2015.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROCEDÊNCIA - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET - REITERADAS COBRANÇAS INDEVIDAS PELO SERVIÇO NÃO PRESTADO ADEQUADAMENTE - DEVER DE REPARAÇÃO PELOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSA - PRETENSÃO DE REFORMA - DESCABIMENTO - No caso ocorreu a falha na prestação de serviços contratados, seja pela ausência de esforço no sentido de solucionar o problema noticiado pela autora, em relação à impossibilidade de utilização dos serviços

Acesso ao Sumário

de internet contratados, apesar de pagas as faturais inicialmente cobradas do consumidor, seja em razão ao não cumprimento da tutela concedida e tampouco disponibilizar produto semelhante à autora, com relação à segunda corré. Dissabores e indignação que ultrapassaram o limite do tolerável. Dano moral configurado. Fundamentos da sentença adotados nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. TJ-SP. Sentença mantida. Recursos desprovidos, nessa parte.

INDENIZAÇÃO - PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - DESCABIMENTO - A indenização foi corretamente fixada pelo juiz singular, em valor condizente com os danos sofridos pela autora e em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso da corré VIVO desprovido, nessa parte.

VOTO

Vistos...

Ação de indenização por danos morais, ajuizada por JHANI DE CARVALHO NITO em face de VIVO S.A. e PAULO R. DE ALMEIDA JÚNIOR ITABERÁ ME, julgada procedente para condenar a primeira ao pagamento de indenização à autora, no importe de R$ 3.000,00 (três mil reais) e, a segunda, ao pagamento de indenização no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), a título de danos morais, bem como efetuar o ressarcimento dos valores das mensalidades pagas pela autora e devolução do valor pago pelo modem de internet 3G VIVO ZAP HUAWEI E156 adquirido pela autora.

A corré PAULO R. DE ALMEIDA JUNIOR ITABERÁ ME, interpõe recurso de apelação, defendendo que se limitou a disponibilizar o modem 3G VIVO ZAP HUAWEI E156 adquirido pela autora, não podendo ser responsabilizada por defeitos de fabricação do produto. Assere que, consistindo sua atividade econômica na simples comercialização do produto, não tem responsabilidade por suposto vício do produto. Persegue, nos aludidos termos, a reforma da r. sentença (fls. 169/176).

Acesso ao Sumário

A corré Vivo S.A., por sua vez, interpõe recurso de apelação, sustentando a ausência de configuração dos danos morais deduzidos na inicial. Alega que a apelada conseguiu *"utilizar os serviços por alguns dias"*, sendo certo que existe cobertura em sua região, ainda que em velocidade menor (fls. 184). Aduz

que a cobrança das contas telefônicas não seriam capaz de dar ensejo ao dever de indenizar, especialmente por não existir pedido formal de cancelamento dos serviços. Persegue, nos referidos termos, a reforma da r. sentença com a improcedência da ação ou, subsidiariamente, pugna pela redução da indenização fixada (fls. 182/185).

Tempestivos, preparados e respondidos, os recursos estão prontos para julgamento.

É o relatório.

Os recursos são desprovidos.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

Aludido dispositivo regimental estabelece que: *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada houver de mantê-la"*.

Nesta Seção de Direito Privado o permissivo legal tem sido largamente utilizado por suas câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos.

Confira-se: Apelação nº 994.06023739-8, Rel. Des. ELLIOT AKEL, 1ª Câmara, São Paulo, em 17/06/2010; Apelação nº 994.02069946-8, Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK, 1ª Câmara, São Paulo, em 08/06/2010; Apelação nº 994.05106096-7, Rel. Des. NEVES AMORIM, 2ª Câmara, São José do Rio Preto, em 29/06/2010; Apelação nº 994.04.069012-1, Rel. Des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN, 2ª Câmara, São José dos Campos, em 22/06/2010; Apelação nº 990.10.031478-5, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, 3ª Câmara, São Paulo, em 13/04/2010; Apelação nº 994.05.0097355-6, Rel. Des. JAMES SIANO, 5ª Câmara, Barretos, em 19/05/2010; Apelação nº 994.01.0117050-8, Rel. Des. JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, 6ª Câmara, São Paulo, em 27.05.2010; Apelação nº 994.04.073760-8, Rel. Des. PAULO ALCIDES, 6ª Câmara, Indaiatuba, em 01/07/2010; Apelação nº 991.09.079089-9, Rel. Des. MOURA RIBEIRO, 11ª Câmara, Lins; em 20/05/2010; Apelação nº 991.09.084177-9, Rel. Des. SIMÕES DE VERGUEIRO, 17ª Câmara, Araçatuba, em 09/06/2010; Apelação nº 991.00.021389-1, Rel. Des. PAULO ROBERTO SANTANA, 23ª Câmara, São Paulo, em 09/06/2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. CÉSAR LACERDA, 28ª Câmara, em 27/07/2010.

O C. Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado esse entendimento quando predominantemente reconhece *"a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum"* (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE

Acesso ao Sumário

NORONHA, j. de 04/09/2007; REsp nº 641.963- ES, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 17/12/2004; e REsp nº 265534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. de 1.12.2003).

A r. sentença acertadamente assentou que *"(...)Com efeito, em sede de defesa, a primeira requerida alegou que o produto está ativado, em perfeitas condições. A segunda requerida limitou a alegar que o produto não veio a funcionar pelo fato de morar na zona rural, eximindo-se do defeito do produto. Ocorre que tal justificativa não tem o condão de afastar a má prestação dos serviços que lhes foram imputadas, a uma porque a primeira requerida não trouxe aos autos qualquer elemento capaz de demonstrar que houve o esforço em solucionar o problema noticiado pela autora desde que comprou o produto, flagrante descaso está no não cumprimento da tutela concedida (f. 150), em tampouco em disponibilizar a ela produto semelhante. (...) Há de ressaltar, ainda, que a segunda requerida nada fez para solucionar o problema, sendo que a autora no momento da compra perguntou sobre a utilização do aparelho no local em que reside. Nesta medida, flagrante o descaso com que as requeridas se comportaram frente ao problema apresentado pela autora, haja vista as inúmeras reclamações que foram efetuadas. Neste contexto, incontáveis os dissabores experimentados pela autora, na medida em que buscou incessantemente o reparo do produto adquirido, período no qual deixou de utilizá-lo. Por esse motivo, as requeridas devem ser condenadas ao pagamento de danos morais"* (fls. 163/164).

Por outro lado, com relação à pretensão de alteração *quantum debeatur*, razão não assiste às rés.

Não obstante inexistirem regras objetivas para a fixação do dano moral é sabido que o julgador, ao arbitrá-lo, deve levar em conta a extensão do dano suportado pela vítima em face do ato lesivo e a capacidade econômico-financeira do ofensor, de tal sorte que a condenação possua caráter tanto reparatório, a fim de amenizar o sofrimento da vítima, como punitivo-pedagógico, objetivando o desestímulo ao ofensor.

A mensuração da indenização deve guardar valor condizente com o propósito a que se destina, ou seja, proporcionar *"...à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, em contrapartida, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado."* (REsp n° 8.768, Rel. Barros Monteiro, j. 18/02/1992).

A indenização fixada pelo MM. Juiz *a quo* atendeu a todos os referidos fins, de forma que merece ser mantida.

Pelo exposto, **nega-se provimento aos recursos**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024995-93.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante FÁBIO DE PAULA CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 8864)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 20 de março de 2015.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por dano moral - Inserção dos dados do autor em cadastro de inadimplentes - Sentença que julgou improcedente o pedido - Pleito de reforma - Impossibilidade - Relação entre as partes inserida no âmbito das relações de consumo - Responsabilidade objetiva do banco requerido - Instituição financeira que, no entanto, desincumbiu-se do ônus de comprovar a existência de fato extintivo do direito do autor (artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil) - Legitimidade da inscrição em cadastro de inadimplentes - Restrição creditícia que decorre do exercício regular do direito do credor - Ausência do dever de indenizar - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Fábio de Paula Carvalho**, em face da r. sentença de fls. 117/118, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por dano moral movida em face **Banco Itaucard S/A**, que julgou improcedente o pedido inicial.

Acesso ao Sumário

Inconformado, apelou o autor pleiteando a reforma do *quantum* decidido. Sustenta, em síntese, que teve seus dados inseridos irregularmente em cadastros de inadimplentes e que suportou grande constrangimento, humilhação e vergonha perante as pessoas que se encontravam no local por ocasião da negativa de crédito. Aduz que fora informado que havia um débito pendente em relação a instituição financeira requerida, no entanto, embora já tenha sido cliente do banco réu, não efetuou compras com cartão de crédito, tampouco, celebrou contrato de empréstimo, desconhecendo a origem da dívida que ensejou a restrição creditícia. Argumenta, ainda, a inaplicabilidade da Súmula 385, do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o apontamento pendente em nome do autor, também, é abusivo e indevido. Pleiteia, ao final, a reforma da r. sentença, para o fim de julgar procedente os pedidos formulados na inicial (fls. 121/137).

Recurso tempestivo e regularmente processado (fls. 140).

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 143/149), pugnando pela manutenção da r. sentença proferida.

É o relatório.

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, porém, nego-lhe provimento.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de indenização por dano moral decorrente de restrição creditícia indevida.

A relação jurídica estabelecida entre as partes está inserida no âmbito das relações de consumo, conforme se extrai da Súmula 297, do E. Superior Tribunal de Justiça:

"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Nesse contexto, aplicável o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço por defeitos relativos à prestação dos serviços.

No caso dos autos, o apelante comprovou que teve seus dados inseridos em cadastro de inadimplentes por ordem da instituição financeira requerida (fls. 12/14).

De outro lado, o banco requerido, ao reverso do sustentado pela parte autora em suas razões recursais, além de afirmar a exigibilidade do débito, bem como, a legitimidade da restrição creditícia, diante da inadimplência injustificada do recorrente, trouxe aos autos, em sede de contestação, documentos que comprovam a formalização do negócio jurídico havido entre as partes e, ainda, diversas "telas sistêmicas" que demonstram a movimentação e utilização do cartão de crédito, inclusive, com realização de pagamentos (fls. 24 e 42/92).

Cumpre ressaltar, ainda, por oportuno, que a simples alegação genérica de desconhecimento do débito, sem qualquer impugnação específica e verossímil dos documentos amealhados aos autos pelo requerido, ora apelado, não tem o condão de isentar o apelante da dívida e obrigações assumidas perante o banco réu.

Nesse passo, a instituição financeira requerida logrou demonstrar a existência e exigibilidade do débito que ensejou a inserção dos dados do autor em cadastros de inadimplentes, inclusive, com realizações parciais de pagamento, o qual se tornou inadimplente a partir do ano de 2010, o que ensejou a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Não obstante, absolutamente impensável e ilógico tenha se tratado de fraude, ou mesmo que o fraudador, por vários meses, tenha efetuado o pagamento parcial das faturas referentes ao cartão de crédito emitido em nome do requerente.

Vê-se, portanto, que a instituição financeira trouxe aos autos documentos capazes de corroborar suas assertivas e, ainda, desconstituir as afirmações do requerente (no sentido de que não contraiu o débito e de que fora irregular a inserção em cadastros de inadimplente), desincumbindo-se, assim, do ônus de comprovar os fatos extintivos do direito do autor, conforme artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assim, demonstrada a existência do débito, bem como, a inadimplência do autor, é lícita a anotação da restrição creditícia, porquanto procedida no exercício regular do direito do credor, sendo indevida qualquer indenização a título de dano moral.

Destarte, irretorquível a r. sentença proferida ao julgar improcedente o pedido inicial.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4028496-27.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado ANDERSON ALMERINDO.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente) e FERNANDES LOBO.

São Paulo, 6 de novembro de 2014.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO - SERVIÇO DE TERCEIRO, PROMOTORA DE VENDAS E GRAVAME - CONDENAÇÃO A RESTITUIR - INADMISSIBILIDADE - TARIFAS NÃO OBJETO DO PEDIDO - VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128 E 460 DO CPC - SÚMULA Nº 381, STJ - AÇÃO IMPROCEDENTE - APELAÇÃO PROVIDA.

VOTO

A sentença julgou parcialmente procedente ação revisional de contrato bancário para condenar o réu a restituir ao autor, em dobro, valores pagos por serviços de terceiro, promotora de vendas e gravame, corrigidos e com juros, apuráveis em liquidação, dispondo sobre encargos de sucumbência recíproca.

Apelou somente o réu. Defende a legalidade da cobrança das tarifas, previamente pactuadas. Pede que a ação seja julgada totalmente improcedente.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o Relatório.

As tarifas/despesas da operação de crédito que o juiz condenou o banco a restituir em dobro - serviço de terceiro, promotora de vendas e gravame-, não são objeto explícito do pedido (fls. 20), inviável declarar-lhes de ofício a abusividade, pena de ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC. Incide, ademais, o enunciado da Súmula nº 381 do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Daí o provimento do recurso do banco para julgar a ação totalmente improcedente, pois o autor não apelou do capítulo da sentença que lhe foi desfavorável.

Custas, despesas e verba honorária de R$ 800,00 pelo autor, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, atualizada a partir da intimação do acórdão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005818-

68.2011.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado BANCO DO BRASIL S/A (SUCESSORA DE BANCO NOSSA CAIXA S/A), é apelado/apelante IRIA ZANGARI BAUAB (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do banco réu, para o fim especificado e negaram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19847)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 19 de março de 2015.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - INTERESSE DE AGIR - RECURSOS REPETITIVOS (Lei nº 11.372/2008) - O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos chamados recursos repetitivos, manifestou-se pela possibilidade da propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária, no Acórdão do REsp nº 1.349.453 - MS (2012/0218955-5), julgado em 10.12.2014.

Hipótese dos autos em que a ausência de demonstração do prévio pagamento do custo do serviço caracteriza a falta de interesse de agir da parte Sentença reformada, de ofício, para julgar extinta a ação, sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC).

Recurso do réu provido. Recurso da autora não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 41 que julgou procedente ação cautelar de exibição de documentos, com

Acesso ao Sumário

reconhecimento do pedido e condenação do requerido ao pagamento das verbas de sucumbência.

Irresignada, insurge-se a Instituição Financeira, ora apelante, nos termos das razões recursais de fls. 43/49, pugnando pela reforma da r. sentença, aduzindo preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido por falta de interesse de agir e, no mérito, que não há *"periculum in mora"* e *"fumus boni iuris"* a justificar a medida cautelar, não subsistindo assim, condenação em honorários advocatícios por não ter dado causa ao litígio.

Apela também a autora, em recurso adesivo, fls. 60/63, pleiteando pela majoração dos honorários advocatícios, correspondentes ao valor de 02 (dois salários mínimos) ou outro valor estipulado pelo magistrado.

Em contrarrazões, pugna a autora pelo não provimento do recurso (fls. 54/59), declarando exibidos os documentos pretendidos, condenando o banco-réu ao pagamento das verbas de sucumbência, e em contrarrazões ao recurso adesivo, pugna o requerido, pelo não provimento do recurso.

Anotados os recolhimentos das custas recursais pela empresa-ré, (fls. 50/51), dispensados para a parte autora, por gozar dos benefícios da assistência judiciária.

Recursos regularmente processados e devidamente respondidos.

É o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença de fls. 41.

A presente ação cautelar tem como objeto pedido de exibição de extratos de conta poupança de titularidade da autora, ora apelante, junto ao banco-réu, ora apelado, sob nº 15.028.927-0, agência 078-7, referentes ao período de janeiro e fevereiro de 1991.

Ao apresentar a contestação de fls. 12/21 o banco-réu, ora apelado, alegou em sua defesa carência da ação por falta de interesse de agir, e que a autora não demonstrou a necessidade de vir a juízo para alcançar a tutela pretendida.

Por sua vez, a autora, não comprovou que fez a requisição dos documentos junto ao banco-réu, muito menos que pagou as respectivas taxas referentes ao serviço solicitado.

Com o devido respeito, para o caso, é o que basta para a extinção do processo por falta de interesse de agir.

O interesse de agir da parte que propõe ação cautelar de exibição de documentos para obter extratos bancários das instituições financeiras foi objeto de outras inúmeras demandas, o que gerou multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos chamados

Acesso ao Sumário

recursos repetitivos, manifestou-se pela possibilidade da propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária, no Acórdão do REsp nº 1.349.453 - MS (2012/0218955-5), julgado em 10.12.2014, cuja ementa tem o seguinte teor:

> **"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE.**
>
> **1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese:**
>
> **A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.**
>
> **2. No caso concreto, recurso especial provido."**

Assim, inexistindo, *in casu*, a comprovação do pagamento do custo do respectivo serviço, é patente a falta de interesse de agir da autora, motivo pelo qual, por ser de rigor, nos termos do quanto decidido no recurso repetitivo acima transcrito, a r. sentença de Primeiro Grau deve ser reformada, de ofício, para declarar a extinção da ação, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Oportuna a transcrição dos ensinamentos dos Mestres Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli, *In* Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Ed. Saraiva, 43ª ed., 2011, nota 53a, ao artigo 267, pág. 378:

> **"'As questões de ordem pública referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais podem ser conhecidas de ofício pelos Tribunais de Segundo Grau'** (STJ-4ª T.; REsp 217.329 Min. Barros Monteiro, j. 16.12.03. DJU 5.4.04)" (o grifo não consta no original).

Ante a inversão da sucumbência, a autora, ora apelada, deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, com

Acesso ao Sumário

ressalva ao artigo 12, da Lei nº 1.060/50, tendo em vista a Gratuidade da Justiça, da qual a autora é beneficiária.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso do banco réu, para o fim especificado, e nega-se provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004398-22.2008.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE GUARULHOS, é apelado OLINDA APARECIDA VIEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.582)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente), HÉLIO NOGUEIRA e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 26 de março de 2015.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de dívida cumulada com pleito antecipatório. Prestação de serviço. Água e esgoto. Degrau de consumo. Perícia. Conclusão do *expert* de que a elevação se deu em razão de falha na medição ou pela passagem de ar na tubulação. Cobrança indevida. Inexigibilidade do débito. Dano moral. Inviabilidade. Não se vislumbram dissabores a aventar danos no campo subjetivo. Inexistência de comprovação da interrupção no fornecimento ou ulteriores prejuízos. Sucumbência recíproca dado decaimento paritário recomenda divisão igualitária das custas e despesas processuais. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de dívida cumulada com pleito antecipatório - julgada procedente pela r. sentença de fls. 198/200 -

ajuizada por Olinda Aparecida Vieira em face de Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos.

Insurge-se - em suma - pleiteando a reforma da r. sentença para julgamento da improcedência da ação, com implicação nos consectários de estilo, ou - em caráter alternativo - a mitigação da verba indenizatória.

Recebido o recurso - no duplo efeito - e preparado, vieram os autos à Corte.

É o relatório.

Cuida-se de pleito pela inexigibilidade de débito e danos morais hauridos da cobrança de fornecimento de água e esgoto em descompasso com o consumo habitual.

Declara a autora que, no mês de novembro de 2007, recebeu fatura com valor exorbitante ao gasto regular de sua residência.

Em perícia técnica, apurou-se a inexistência de culpa da consumidora e a irregularidade da majoração do consumo usual, conforme se depreende do laudo apresentado:

"Não se constatou vazamentos nas tubulações hidráulicas do imóvel da autora, razão pela qual, a cobrança referente ao mês de dezembro, se deve à falha na medição, ou ainda registro de passagem de ar pela tubulação, vez que falta água na região em dias alternados, não representando nesse caso, a realidade da consumidora.

Conforme se constatou por ocasião da vistoria, o hidrômetro atualmente instalado no imóvel da autora, é antigo com mais de dez anos, o que pode registrar consumos irreais, face a idade do aparelho, já que em média esses equipamentos perdem a precisão dos registros nesses casos, bem como pela falta de manutenção. Em vista disso, sugere-se a substituição do hidrômetro".

Portanto, à míngua de sobredito contexto, correta a decretação da inexigibilidade do débito.

Melhor sorte assiste à empresa-ré no que tange aos danos morais arbitrados.

Não se vislumbram dissabores a aventar prejuízos no campo subjetivo.

A autora não comprovou interrupção no fornecimento de água ou quaisquer outros contratempos passíveis de indenização.

Corriqueiras intemperanças do dia-a-dia não autorizam ressarcimento monetário, segundo entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça "as recentes orientações (...), caminham no sentido de se afastar indenizações por danos morais nas hipóteses em que há, na realidade, aborrecimento, a que todos estão sujeitos. Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros

Acesso ao Sumário

incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar” (REsp 1234549/SP, Relator: Ministro Massami Uyeda, DJe: 10/02/2012).

A corroborar, vale estresir o Voto nº 14.946, de relatoria do Desembargador Roberto Mac Cracken, que, com a sabedoria que lhe é peculiar, professou parâmetros para apreciação de danos subjetivos:

“Deve ser registrado que para a configuração do dano moral, o Julgador deve ter por base a lógica razoável decorrentes dos fatos que lhes são apresentados pelos demandantes, reputando dano apenas a dor, o vexame, o sofrimento ou humilhação que, demonstrando-se anormais, venham a interferir, intensamente, no comportamento psicológico do indivíduo, acarretando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Devendo, levar em consideração, para evitar situações que afrontam ao direto positivo pátrio, a existência de fatos que denotam a ocorrência de mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, os quais estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do cotidiano, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (...) Na verdade, pequenos dissabores e expectativas frustradas no dia-a-dia nem sempre são indenizáveis, sob pena de a vida social tornar-se inviável. Realmente, a vida em sociedade importa em conflitos permanentes e muitas vezes inevitáveis, mas, a despeito dos dissabores que possam causar, nem todos podem dar margem à indenização”.

Decaimento recíproco recomenda repartição igualitária das custas e despesas processuais, consoante artigo 21 do CPC.

Por tais razões, pelo meu voto, dá-se provimento parcial ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4005563-62.2013.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante VANDERLEI DOS SANTOS DAS NEVES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COOPERATIVA DE CRÉDITO DE LIVRE ADMISSÃO DE ASSOCIADOS DA REGIÃO CENTRO OESTE PAULISTA - SICREDI OESTE SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.380)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 23 de março de 2015.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA - Danos morais advindos da manutenção de intenção de gravame sobre veículo ofertado como garantia de empréstimo que não foi consolidado na conta-corrente do autor, ensejando na formação de saldo negativo que acabou inscrito em cadastro restritivo - Pedido cumulado de rescisão do contrato de mútuo - Pretensão julgada parcialmente procedente em primeiro grau de jurisdição para declarar rescindido o contrato pela não consumação do crédito na conta do autor, determinando-se a exclusão do gravame, mas sem conotação de danos morais em razão do mero aborrecimento sofrido - Irresignação recursal do autor objetivando a indenização por danos morais, pelos dissabores sofridos com a manutenção injusta do gravame e agravamento do saldo devedor da sua conta-corrente, pela não concessão do empréstimo - RESPONSABILIDADE CIVIL - Pedido de aumento de limite de crédito rotativo pelo autor concedido pela ré para fazer frente à emissão de novos documentos do bem ofertado em garantia, para consolidação do empréstimo - Saque do limite, ensejando saldo devedor na conta, mas sem a exibição dos documentos da garantia, impedindo a consumação do empréstimo - Situação em que a ré não pode ser responsabilizada pelo saldo devedor existente na conta, podendo exercer o legítimo direito de cobrança - Demora na baixa do gravame que não abala a honra objetiva ou subjetiva do proprietário do bem - Danos morais não caracterizados - Sentença mantida - Apelação não provida.

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária para rescisão de contrato de mútuo

Acesso ao Sumário

financeiro, cumulado com pedido de baixa de intenção de gravame sobre bem móvel oferecido em garantia, impedindo o seu licenciamento, porque a ré não creditou o valor na conta-corrente do autor como prometido. Aduz, ainda, que a não concessão do crédito implicou em saldo devedor na conta-corrente em que seria creditado, razão pela qual seu nome foi indevidamente inscrito em cadastro restritivo, advindo deste fato o direito à indenização por danos morais.

Foi concedida antecipação de tutela para a imediata baixa do gravame junto ao órgão de trânsito, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (fls. 36/37), cuja decisão foi parcialmente reformada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2005296-81.2014, apenas para exclusão das *astreintes* (fls. 217/220).

Na sentença de fls. 224/229 a pretensão foi julgada antecipada e parcialmente procedente pelo Juiz Paulo Gimenes Alonso, porque, independente de quem seja a culpa pela não conclusão do contrato, não há como persistir a garantia ofertada sobre negócio inexistente, mas o mero aborrecimento sofrido pelo autor com o episódio não autoriza a pretendida indenização por danos morais. Por consequência, a sucumbência foi considerada recíproca.

O autor, insatisfeito, apela (fls. 238/243), objetivando a procedência integral do seu pedido, com a condenação da ré pelos danos morais que sofreu em razão de quase um ano de conflito com a ré, que poderia ter resolvido o caso eletronicamente.

O recurso é tempestivo e isento de preparo, tendo em vista que o autor é beneficiário da justiça gratuita (fls. 36).

Contrarrazões as fls. 251/255.

Regularmente intimados, **não** houve oposição ao rito de julgamento preconizado pela Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 257 e 259).

Eis o breve relatório.

2. Leitura dos autos revela que a pretensão inicial está centrada no inadimplemento da ré ao não consolidar na conta-corrente do autor o empréstimo para ele concedido, através da cédula de fls. 19/23, e, apesar deste fato, manter intenção de gravame sobre o bem ofertado em garantia do negócio (motocicleta).

Já a ré sustenta que o inadimplemento foi do autor, que não entregou os documentos exigidos da motocicleta, apesar de ter aumentado o limite de crédito rotativo da conta-corrente do mesmo para que pudesse arcar com este custo. Disse mais: o autor sacou o limite da conta-corrente e não a cobriu, apesar de renegociação para parcelamento do respectivo débito, razão pela qual a inserção do seu nome em cadastro restritivo.

A versão da ré encontra respaldo nos documentos de fls. 24/28, nos quais se verifica que foi concedido ao autor aumento do seu limite para R$ 900,00, sucedendo-se saques que deixaram a conta devedora em R$ 976,96.

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Assim, como bem exposto na sentença, a despeito de delimitar-se a culpa pela não consumação do empréstimo, o fato é que o autor usufruiu do limite de crédito concedido na sua conta-corrente, dando ensejo ao legítimo direito do credor de ultimar providência para o recebimento. Este fato é isolado e espanca qualquer pretensão de indenização por danos morais, considerando que a intenção de gravame sobre o veículo, por si só, caracteriza mero aborrecimento, pois não abala a honra objetiva ou subjetiva do proprietário.

Nesse diapasão, cabe destacar a doutrina do ilustre Carlos Roberto Gonçalves, que aponta com propriedade o que se reputa, ou não, dano moral:

> **"Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' (Programa, cit.,p.78)", *in* Responsabilidade Civil, Saraiva, 8ª edição, páginas 549 e 550.**

Aliás, esse precioso instituto de reparação do Direito Civil vem sofrendo repreensíveis distorções para tentativa de amparar pretensões não muito elogiosas, o que, evidentemente, deve ser coibido.

Portanto, fica mantida a bem lançada sentença.

3. Destarte, nos termos acima especificados, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0124841-44.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO ANTAMOS HADDAD, é apelado AYMORÉ - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13143)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente sem voto), J. B. FRANCO DE GODOI E JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 25 de março de 2015.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Descabimento - O pedido de declaração de inexistência de débito não pode ser acolhido, uma vez que o autor só quitou a primeira parcela, em 10/12/2011 - As demais prestações continuam em aberto, considerando que não há qualquer demonstrativo de quitação das mesmas - Débito automático contratado pelo autor - Extrato que comprova saldo insuficiente para quitar a parcela no prazo fixado - Ausência de pagamento - Sentença de improcedência mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por RICARDO ANTAMOS HADDAD contra AYMORÉ - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, objetivando a declaração de inexigibilidade de débito, além de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, em razão de negativação indevida.

Sobreveio sentença de improcedência, cujo relatório se adota, reconhecendo a exigibilidade do débito, pois no dia do vencimento da parcela do financiamento o autor não dispunha de fundos suficientes em sua conta corrente para a quitação, motivo pelo qual não foi efetuado o débito. Pela sucumbência, a verba honorária foi arbitrada em 10% sobre o valor atualizado da causa, atribuída em R$ 20.080,00 (fls. 136/138).

Inconformado, o autor vem recorrer, sustentando, em resumo, a inexigibilidade do débito; que a ré negativou o seu nome de maneira indevida, na medida em que havia saldo suficiente em sua conta corrente para quitar a parcela contratada. Assim, comprovada a falha na prestação dos serviços da instituição financeira, deve ser indenizado (fls. 167/176).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 180/185). **É o relatório.**

Cuida-se de ação em que o autor pretende a declaração de inexistência

Acesso ao Sumário

de débito e a reparação pelos danos morais sofridos em razão da negativação indevida de seu nome perante os órgãos de proteção ao crédito.

Depreende-se dos autos que o autor, no dia 27/11/2011, efetuou uma compra na loja de móveis DUNELLI HOUSE, no valor de R$ 11.340,00, a ser pago em 9 parcelas de R$ 1.260,00 (fls. 20/21).

Informa que para o pagamento da primeira parcela emitiu um cheque em 10/12/2011 e o restante das parcelas foram repassadas à ré, por meio de financiamento, a serem pagas a partir de 10/01/2012, por meio de débito em conta da qual é titular no Banco Itaú S/A (fls. 16/19 e 22).

Em 20/01/2012, ao tentar realizar uma compra, foi surpreendido com a negativa do crédito, tendo em vista restrição cadastral ao seu nome por suposto débito junto à ré.

Em seguida, recebeu uma notificação, entrou em contato com a ré, já que houve o vencimento antecipado da dívida e o seu nome foi negativado pelo valor integral do contrato.

Tentou solucionar o problema administrativamente, na medida em que os débitos deveriam ser parcelados em sua conta corrente, conforme autorizado e contratado entre as partes (fls. 19 e 22).

Todavia, nada foi feito, motivo pelo qual ajuizou a presente demanda, visando à declaração de inexigibilidade do débito e a indenização pelos danos morais decorrentes da negativação indevida.

Em defesa, a ré sustenta que no dia do vencimento da parcela, em 10/01/2012, não havia saldo suficiente na conta corrente do autor, motivo pelo qual não pode ser realizado o débito automático.

Assim, tendo em vista a inadimplência da parcela, ocorreu o vencimento antecipado da dívida, gerando um saldo devedor de R$ 10.800,00 (fls. 72/88).

Diante desse quadro, o recurso não deve ser provido.

Na espécie, o autor autorizou expressamente o débito em conta corrente para o pagamento das oito parcelas de R$ 1.260,00, a iniciar em 10/01/2012, finalizando no dia 10/08/2012, visando ao pagamento dos móveis comprados da empresa DUNELLI HOUSE.

Assim, o pedido do autor não pode ser acolhido, uma vez que só quitou efetivamente a primeira parcela em 10/12/2011, com o pagamento do cheque nº 900895 à empresa que lhe vendeu os móveis (fls. 20). As demais prestações continuam em aberto.

O autor apresentou os extratos de sua conta bancária de janeiro/2012 e de fato, em 10/01/2012, o saldo de sua conta era de apenas R$ 1.057,12, valor insuficiente para quitar a parcela de R$ 1.260,00 (fls. 35).

No contrato de financiamento constou que o pagamento seria feito

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

em débito automático perante o Banco Itaú S/A (fls. 19 e 22). Mas tal débito automático não se deu por ato atribuível ao autor, que não manteve saldo suficiente em sua conta. O fato é que a dívida ainda subsiste.

Por fim, é importante registrar que a circunstância de o documento em que o autor autorizou o débito em conta corrente conter previsão expressa, permitindo que o Banco, no caso de insuficiência de fundos, efetue *nova tentativa de débito nos dois dias úteis subsequentes ao vencimento da parcela*, não obriga a instituição financeira credora a realizar tal procedimento, visto que se trata de mera liberalidade concedida pela ré.

Na espécie a obrigação é do autor, ora devedor, de manter saldo suficiente em sua conta no prazo fixado para o pagamento das parcelas, na medida em que autoriza o débito em conta corrente como forma de quitação da dívida, o que não ocorreu no caso em apreço.

Nesse sentido: "DANO MORAL - NÃO CABIMENTO DÉBITO AUTOMÁTICO NÃO REALIZADO - AUSÊNCIA DE SALDO PARA SUPORTÁ-LO - NEGLIGÊNCIA - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR AFASTADA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EM MÊS POSTERIOR NÃO RELACIONADA AO CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - RECURSO NÃO PROVIDO." (Apelação nº 9107565-94.2005.8.26.0000, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Bedaque, j. 15/04/2009).

Em conclusão, o apelante não trouxe qualquer alegação capaz de infirmar a r. sentença, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002916-57.2013.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelado IVONE DOS SANTOS GREGÓRIO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40563e)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), THIAGO DE SIQUEIRA e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de abril de 2015.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: CONTRATO. EMPRÉSTIMO PARA FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. TARIFAS ADMINISTRATIVAS BANCÁRIAS.

1. Conforme súmula 472 do STJ, "a cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual".

2. É abusiva a cobrança de tarifa de "serviços de correspondentes", "registro de contrato" e "inserção de gravame", que se destinam ao custeio de serviços ínsitos à operação bancária e devem, portanto, ser suportados pela instituição financeira.

3. A legislação protetiva do consumidor (art. 42, parágrafo único) não exige prova de que o pagamento tenha se dado por erro para o acolhimento do pedido de repetição. Apenas a ocorrência de pagamento em excesso.

4. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 167/175, cujo relatório ora se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos por Ivone dos Santos Gregório de Oliveira contra Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, para obstar a cobrança cumulada de comissão de permanência com juros de mora e multa contratual e determinar o recálculo do valor financiado, expurgando-se as tarifas de serviços de correspondentes, de registro do contrato e de inserção de gravame.

Inconformada, apela a instituição financeira defendendo a legalidade das tarifas, conforme decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, com repercussão geral da matéria; que as tarifas exigidas são autorizadas pelo Banco Central e constam das tabelas afixadas nas agências bancárias da entidade recorrente, bem como do contrato celebrado livremente entre as partes; ausência de previsão da cobrança de comissão de permanência no instrumento contratual em testilha;

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

impossibilidade de repetição do indébito, inexistentes os requisitos legais e a prova de que o pagamento se deu por erro. Pugna pela reforma do julgado para o decreto de improcedência das pretensões veiculadas na exordial.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

Em 24.8.2010, as partes firmaram contrato de financiamento para a aquisição de veículo descrito no instrumento copiado às fls. 24/30, no qual foi mutuada a importância de R$ 23.000,00, para pagamento em 60 parcelas de R$ 703,35, a juros de 1,67% a.m. e 22,13% a.a. Foi pactuada a incidência de tarifa de cadastro (R$ 550,00), IOF (R$ 473,28), tarifa de avaliação de bem (R$ 199,00), registro do contrato (R$ 50,00), inserção de gravame (R$ 37,82) e serviços de correspondente (R$ 2.056,00). Para a hipótese de inadimplemento previu-se, na cláusula sétima, a cobrança de: a) juros de mora à razão de 1% ao mês ou fração de mês; b) "juros remuneratórios cobrados por dia de atraso, calculados de acordo com a taxa de juros para inadimplemento, vigente na data do pagamento, praticada pela FINANCEIRA em suas operações de crédito..."; c) multa moratória de 2% (dois por cento).

A questão **da comissão de permanência** foi consolidada, com repercussão geral, no julgamento do REsp nº 1.063.343-RS (2008/128904-9), sendo considerada válida a cláusula que a estipula, ainda que em contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, para viger após o vencimento da dívida.

Nesse julgamento, o i. Min. Luiz Felipe Salomão esclareceu, em seu voto, manter-se a impossibilidade de cumulação de comissão de permanência com demais encargos de mora, não podendo aquela ultrapassar a soma destes, incluindo nestes a correção monetária.

No caso, a comissão de permanência foi prevista disfarçada de juros remuneratórios a taxas flutuantes e cumulada com outros encargos moratórios. O que, como visto, é inadmissível.

Acesso ao Sumário

Quanto às **tarifas administrativas bancárias**, na tentativa de moralizar as operações de crédito que englobam os financiamentos de veículos, o Banco Central editou a Resolução nº 3517 de dezembro de 2007, que passou a valer em 03 de março de 2008, e dispõe sobre a informação e a divulgação do custo efetivo total correspondente a todos os encargos e despesas de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas.

A resolução determina que as instituições financeiras entreguem aos clientes um documento, chamado Custo Efetivo Total (CET), com descrição em detalhes de tudo o que se paga: o valor financiado, os juros, impostos, taxas, seguros, entre outros, incluindo até os chamados "serviços de terceiros", onde deverá estar mencionada a taxa de retorno.

As tarifas de **serviços de correspondentes (ou de terceiros), registro do contrato** e **inserção de gravame** estão devidamente previstas no instrumento contratual. Apesar disso e da ausência de proibição de sua exigência pelo Bacen, não cabe a sua cobrança. Isso porque, de acordo com o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, *"são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade"*. Outrossim, o inciso XII de referido artigo, dispõe serem nulas as cláusulas que obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança que são de obrigação do réu.

Detrai-se, daí, serem abusivas as cobranças acima elencadas, porquanto ilegal a prática de cobrar do cliente os custos inerentes à própria atividade do fornecedor. Afinal, essas despesas não representam prestação de serviço ao cliente, uma vez que não passam de estratagemas para diminuir os riscos da atividade do fornecedor.

Nulas, portanto, as cláusulas que possibilitam a cobrança das referidas tarifas.

Ora, registrar o contrato e inserir gravame são atividades inerentes ao serviço de financiamento, não podendo haver repasse (duplo) ao cliente, pois os encargos contratuais já servem para abatimento de todas essas despesas.

Embora neste caso não se observe cobrança de taxa de emissão de boleto, importante observar que esta tarifa já foi reconhecida como abusiva pelo próprio Conselho Monetário Nacional, ao editar a Resolução nº 3.693/2009, do Banco Central, vedando a cobrança de taxa sobre "emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados".

Com base na abusividade da taxa de emissão de boletos (TEC), a Ministra Nancy Andrighi[1] concluiu pela abusividade das demais taxas, pelos mesmos motivos (TAC, por exemplo), porquanto os fundamentos que levaram à edição da citada resolução serviriam como *"cânone interpretativo"* para as relações jurídicas assemelhadas, *"uma vez que tanto uma, como outra, consubstanciam cobranças impostas ao consumidor, sem um serviço a ele prestado como contrapartida."* As taxas destinar-se-iam, em verdade, a cobrir custos da Instituição Financeira com o empréstimo, revelando abusividade, nos termos do art. 51 do CDC.

Assim, há flagrante infringência ao dever de transparência e de informação no tocante a essas tarifas, que não podem ser exigidas, como visto, porque, além de tudo, são abusivas.

Por derradeiro, a legislação protetiva do consumidor (art. 42, parágrafo

1 **REsp nº 1270174-RS 4ª T., rel. Maria Isabel Gallotti, por maioria, j. 10.10.12, DJe 5.11.12.**

Acesso ao Sumário

único) não exige prova de que o pagamento tenha se dado por erro para o acolhimento do pedido de repetição. Apenas a ocorrência de pagamento em excesso.

Em suma, as razões recursais não conseguiram abalar os fundamentos da r. sentença reptada.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020718-53.2011.8.26.0577, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante MONTEX COMERCIAL EXPORTADORA E IMPORTADORA LTDA., é apelado GATEWAY CONTAINER LINE LOGÍSTICA INTERNACIONAL LTDA. EPP.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.983/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente), MARCONDES D'ANGELO e HUGO CREPALDI.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Contrato de assessoria e intermediação negocial. Rescisão. Verbas inadimplidas. Ação de cobrança. 1. Nos termos do artigo 472 do Código Civil, o distrato se faz da mesma forma que o contrato. Cláusula contratual que prevê forma escrita para a rescisão. Insubsistência da rescisão supostamente realizada de forma verbal. 2. Verbas cobradas que se revelam devidamente comprovadas nos autos, de acordo com os termos da contratação entre as partes. 3. A troca de sócios ou a morte de sócio representante não desobriga a pessoa jurídica quanto aos atos praticados pelos administradores. Inteligência do artigo 47 do Código Civil. 4. A morte do sócio representante, desvinculada

Acesso ao Sumário

de qualquer outro fundamento correlato, não constitui força maior a justificar a rescisão da representação comercial, mormente quando a manutenção do contrato de prestação de serviços é cogitada pelos novos sócios proprietários. Inaplicação do artigo 35 da Lei 4.886/65. 5. Provada a prestação do serviço, até mesmo pelos argumentos aventados pela ré, revela-se despicienda a apresentação de relatórios minudentes do serviço prestado. 6. Negaram provimento ao recurso.

VOTO

1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

Inicial (fls. 02/04/)

Síntese do pedido e da causa de pedir: ação de cobrança ajuizada por Gateway Container Line Logística Internacional Ltda. Epp em face de Montex Comercial, Exportadora e Importadora Ltda., alegando que fora contratada pela ré para prestar assessoria integral quanto ao desenvolvimento de produtos, serviços, clientes e fornecedores no Brasil, mediante pagamento de 10% sobre o lucro líquido de cada processo realizado, e, no mínimo o equivalente a 100 dólares americanos, além de ajuda de custo mensal no valor de R$ 1.500,00. Alega que em 12.08.2009 a ré rescindiu o contrato, sem pagar, contudo, os valores pendentes, razão pela qual pretende condenação da ré ao pagamento do valor de R$ 34.719,63,valor que deu à causa.

Sentença (fls. 156/157)

Resumo do comando sentencial: julgou procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento do valor apontado na inicial, de R$ 34.719,63, corrigido pelo INPC/IBGE até a data do pagamento, além de juros moratórios legais. Reconheceu que a assessoria prestada pela autora abrangia todos os trabalhos desenvolvidos pela ré, nos termos do objeto social desta e do contrato firmado entre as partes. Afirmou que, existindo forma escrita obrigatória para a rescisão, não prevalece a rescisão verbal efetivada pela ré, que deve arcar com os meses subsequentes. Condenou a ré, ainda, aos encargos da lide, fixando honorária de 20% sobre o valor da condenação.

Razões de Recurso (fls. 168/176)

Objetivo do recurso: insurge-se a ré contra a sentença, alegando que a autora sequer comprovou o serviço prestado, não apresentando quaisquer dos documentos previstos nas cláusulas 8ª, 13ª e 14ª do contrato. Defende que a apelada já havia sido comunicada por escrito, quanto à rescisão, conforme e-mail enviado em março de 2009, operando-se a rescisão, portanto, em 30/04/2009, em razão da morte de sua sócia e da decorrente inatividade da empresa ré. Defende que se encontram em aberto somente os meses de

Acesso ao Sumário

fevereiro a abril de 2009. Alega que, ainda que fosse reconhecido algum valor em favor da autora, não seria no importe reconhecido na sentença, e pretende seja apreciada a questão relativa ao notebook que se encontra em poder da apelada. Pugna pela reforma da sentença.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

O recurso não vinga.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela ré, Montex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., contra a sentença que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Gateway Container Line Logística Internacional Ltda. Epp, julgou-a procedente.

A apelante não trouxe fundamentos suficientes a demonstrar o desacerto do decreto de procedência do pedido da autora.

Conforme se apura do relatório estruturado, as partes firmaram, em julho de 2006, contrato de prestação de serviços de assessoria comercial, atuando a autora na intermediação de venda dos produtos e serviços comercializados pela ré, mediante remuneração consistente em comissões e ajuda de custo mensal.

Alegou a autora que o contrato fora rescindido em agosto de 2009, e que a ré deixou de pagar as remunerações em aberto.

A ré, em suas razões de recurso, defende que a rescisão se deu de forma verbal em março de 2009, que os valores cobrados pela ré não estão devidamente demonstrados, e que a sentença deixou de analisar pontos suscitados na contestação, como cláusulas contratuais que delineiam a forma da prestação do serviço, e o valor referente ao notebook em poder do representante da autora.

Insustentável a alegação da ré apelante quanto à rescisão do contrato ocorrida em março de 2009, de forma verbal.

O contrato firmado entre as partes contém previsão expressa quanto à forma de rescisão, que deveria dar-se por escrito, conforme cláusula 18 em fls. 15.

Além disso, nos termos da lei, ***o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato***, conforme artigo 472 do Código Civil.

A apelante lança mão, como meio de prova da alegada rescisão verbal, da notificação por ela enviada à autora em agosto de 2009, na qual fez menção quanto à rescisão verbal supostamente ocorrida em maio daquele ano.

Porém, a notificação em tela (fls. 21) é documento unilateral, por ela redigido, não se erigindo à prova inconcussa do acerto informal entre as partes quanto à rescisão do contrato.

Além disso, da leitura da mensagem eletrônica trocada entre as partes (fls. 65) é possível aferir que não houve acerto entre as partes quanto à rescisão antes

Acesso ao Sumário

de agosto de 2009.

Consta dos termos da mensagem enviada por Evanda Monteiro, então sócia da ré, em **10/08/2009**:

"De verdade, acredito que o mais conveniente agora é rescindirmos o contrato (...)".

Assim, porque o contrato previa a forma escrita para eventual rescisão, e porque ausente prova suficiente da rescisão verbal, não se sustenta a alegação da recorrente, impondo-se considerar a data de 12/08/2009 como termo final da relação contratual havida entre as partes.

Superada a questão acerca da data da rescisão, impõe-se analisar as verbas cobradas pela autora.

A autora cobra da ré os valores referentes à ajuda de custo mensal, estipulada no valor de R$ 1.500,00, corrigido anualmente pelo índice previsto, correspondente aos meses em aberto, de fevereiro a agosto de 2009.

Quanto a tal cobrança, a ré não ofereceu impugnação específica.

A demandante também inclui na cobrança o valor de U$ 8.000,00 (oito mil dólares) referente à comissão resultante da intermediação encetada junto à empresa Veraz.

Quanto a esse valor, a ré alega que o contrato prevê comissão sobre os negócios por ela realizados, e que os serviços prestados pela autora nessa intermediação não foram devidamente comprovados nos autos.

Narra que, ainda que devida a comissão, seria de 10% sobre o lucro da apelante na negociação, nos termos da cláusula 9, o que não alcançaria tal valor.

A autora, ao replicar e apresentar suas contrarrazões, justifica que o valor unitário de U$ 1.000,00 (Um mil dólares) referente à cada operação realizada com a empresa Veraz, em detrimento da porcentagem prevista no contrato (10%), decorreu de transação entre as partes, em benefício da própria ré, em razão do alto valor das negociações com referida empresa.

Além de inexistir impugnação específica da ré quanto a essa justificativa da autora, revela-se inafastável a confissão do débito que se vê em fls. 64, na já referida mensagem eletrônica firmada entre a autora e a sócia da ré, da qual consta o valor unitário de U$ 1.000,00 (Um mil dólares) para cada operação com a Veraz.

Neste ponto convém observar que a empresa ré, até abril de 2009, era dirigida por Edilza Monteiro, que firmou o contrato com a ré, e que veio a falecer, passando a ré a ser gerida pela filha daquela, Evandra Monteiro, e outro.

Depois da morte da sócia representante, a empresa foi vendida a terceiros, administrada, por alguns meses, pela filha da dirigente, Evandra Monteiro, que trocou as mensagens de fls. 65 com o sócio da autora.

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Nessa mensagem, a sócia Evandra reputa plausível a cobrança da autora, mas ressalva que, por ter sido a empresa vendida a terceiros, referida dívida não teria sido reconhecida no ato da alienação, o que tornava "praticamente impossível imputá-la agora" (fls. 64).

Porém, eventuais termos da alienação da empresa a terceiros são inoponíveis à autora, que firmou contrato com a empresa, independentemente da pessoa dos sócios, e, nos termos do artigo 47 do Código Civil, os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes, obrigam a pessoa jurídica.

A apelante também se insurge contra a cobrança da indenização prevista no artigo 27, "j", da Lei nº 4.886/65, que diz:

> **Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:**
>
> **j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.**

Argui a apelante que a rescisão decorreu de força maior, consubstanciada na morte da sócia dirigente da empresa, incidindo, portanto, a exceção prevista no artigo 35 da referida lei, assim transcrito:

> **Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:**
>
> **(...)**
>
> **e) fôrça maior.**

Porém, a morte de um dos sócios da empresa não constitui, por si só, força maior a justificar a rescisão do contrato de representação comercial.

Além disso, a notificação enviada pela ré à autora, em 12/08/2009 (fls. 21), não faz qualquer menção à morte da sócia representante, nem apresenta o decesso como justificativa.

Ademais, o teor da mensagem de fls. 65 deixa claro que a nova diretoria da apelante cogitou manter a relação contratual com a autora, "sob novos conceitos", o que faz cair por terra o argumento da apelante.

Por fim, os valores indicados pela autora quanto a essa verba rescisória encontram-se devidamente demonstrados nos autos, ausente, ainda, impugnação por parte da apelante.

O valor cobrado a título de aviso prévio e de pendências quanto a exportações também se revela justificado, pela cláusula 18 do contrato, que estipulada prazo mínimo de 30 (trinta) dias para a rescisão, e conforme também reconhecido no e-mail de fls. 63, *in fine*.

Acesso ao Sumário

É sobremaneira frágil a defesa da apelante no tocante à ausência de relatórios e demais documentos que comprovem a efetiva prestação do serviço pela autora, conforme previsto no contrato nas cláusulas 8ª, 13ª e 14ª.

A autora acostou aos autos documentos suficientes a comprovar a prestação do serviço, como as notas fiscais da prestação do serviço à ré.

Ademais, os próprios argumentos lançados pela ré não negam a prestação do serviço, revelando-se despiciendo, para os fins desta ação de cobrança, relatórios minudentes acerca da atuação da demandante.

Portanto, por todos esses fundamentos, exsurge acertado o decreto de procedência do pedido, impondo-se a manutenção da sentença.

3. “Ex positis”, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0109820-14.2006.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A e são apelados POSTO DE SERVIÇOS UNIVERSITÁRIO LTDA., ADALBERTO PAÇO LOPES e MARIA CECILIA CORAIN LOPES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO DA AUTORA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DOS RÉUS. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.121)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), BERENICE MARCONDES CESAR e CESAR LACERDA.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Repelido o reclamo de cerceamento de defesa e reconhecida, nas circunstâncias, a reciprocidade de culpa na rescisão de contratos de compra e venda de combustíveis, de comodato e de licença de uso de marca, rejeitam-se os pedidos da ação e o da reconvenção, rateando-se as verbas de sucumbência.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ambos os polos apelam da respeitável sentença que acolheu em parte demanda por rescisão de contrato de compra e venda e por multa ajuizada por empresa distribuidora contra empresa de posto revendedor de combustíveis e fiadores.

A autora bate-se contra a redução da multa prevista na cláusula penal e nega excesso ou abusividade. Defende a eficácia do contrato e argumenta com a aquisição de combustível menor que a contratada. De modo alternativo, quer a majoração do percentual fixado para a multa e insiste na condenação à vedação ao uso da marca e à devolução dos bens cedidos em comodato.

Os réus reiteram agravo retido contra o encerramento da instrução e querem o encaminhamento de ofício à empresa incumbida da manutenção do posto e resposta a quesitos formulados. Reclamam de cerceamento de defesa e da falta de perícia "mercadológica" para apurar o valor do fundo de comércio e querem anulação do julgado. Insistem no reembolso do montante gasto com reforma, para evitar enriquecimento ilícito e para compensar com a multa imposta. Reportando-se à notificação, afirmam ser incontroverso o mútuo descumprido pela autora, a quem atribuem culpa pela inadimplência contratual, e querem o reconhecimento como verdadeiros dos fatos que pretendiam demonstrar por documentos que ela deixou de exibir. Impugnam a multa, qualificando-a de ilícita, abusiva e desproporcional, e negam prática de infração. Acrescentam que seu valor supera o do posto, acessório superando o principal, e lembram que no local funciona outro posto com a bandeira da autora, que está sendo beneficiada com as reformas introduzidas e com o fundo de comércio.

Vieram preparo de quem se exigia e respostas.

É o relatório.

1. O deferimento do pedido de expedição de ofício, de pertinência ao menos duvidosa, condicionou-se à identificação do endereço da destinatária (fls. 714/715), que os réus confessaram não dispor (fls. 719/720). Isto ensejou a transferência do ônus à autora (fl. 721), que, a despeito de intimada em duas ocasiões (fls. 723 e 758/759), não se manifestou, com o que, pelo silêncio, os réus revelaram conformismo. Trata-se, pois, de tema precluso.

O perito, cujo laudo terá a qualidade e a conclusão examinadas adiante, negou meios para responder a quesitos formulados pelos réus, alguns deles estranhos à natureza contábil da perícia.

Por sua vez a perícia "mercadológica", deferida (fls. 714/715), para não se falar de sua impertinência, teria como objetivo apurar o valor do fundo de comércio, que não se compreendeu entre os pedidos reconvencionais (fls. 545/546). Não se justificava, pois.

Repele-se, assim, o reclamo de cerceamento de defesa.

Acesso ao Sumário

2. Na ação, o pedido consistiu em rescisão de contratos de compra e venda de combustíveis, de comodato e de licença de uso de marca e de condenação ao pagamento de multa prevista em cláusula penal, por afirmada inadimplência atribuída aos réus, o ter "deixado de adquirir as quantidades mínimas de produtos compromissadas com exclusividade" e o ter "adquirido combustíveis de outras distribuidoras" (fl. 7).

Na contestação quilométrica, os réus não negaram a aquisição a menor, chegaram a admitir às expressas que nunca atingiram a "galonagem" de gás (fl. 270) e tampouco negaram a aquisição de outras distribuidoras. Argumentaram, também na reconvenção, em que pretendem reconhecimento da culpa da autora pela rescisão, reembolso do custo de reforma e condenação na multa contratual, com o descumprimento parcial de mútuo de novecentos mil reais: a autora teria deixado de repassar parcelas que alcançavam duzentos e cinquenta mil reais (fls. 264 e 541/542).

Ao contestar a reconvenção, a autora-reconvinda não só não negou o mútuo e seu parcial descumprimento (fls. 567/574), como procurou justificar-se com inadimplência atribuída aos réus-reconvintes (fl. 571).

Delimitadas que se encontram as lides, toma-se como real o descumprimento pelos réus da cláusula de aquisição mínima e da cláusula de exclusividade e se toma como real o descumprimento pela ré do mútuo, que também se toma como real, ainda que não tenha sido exibido, porque constituem fatos incontroversos (CPC, art. 302 e art. 334, III).

Afasta-se o pretexto invocado pela autora-reconvinda para deixar de honrar o mútuo, porque as prestações inadimplidas condicionavam-se à "troca da bandeira", não à aquisição da quantidade mínima de combustível.

Afasta-se também o pretexto da exceção invocada pelos réus-reconvintes, porque, segundo sua própria versão, eles receberam nada menos que seiscentos e cinquenta mil reais na assinatura dos contratos e na troca de bandeira.

Há, portanto, culpa recíproca na rescisão dos contratos, como ora se reconhece, do que resulta a exclusão de lado a lado do direito à multa da cláusula penal, que, aliás, depois de afirmar abusiva e arbitrária, os réus-reconvintes com evidente incoerência também pleitearam.

3. A esta altura está prejudicada a perícia, mas não custa registrar sua imprestabilidade, por se fundar, para apontar quantidade contratada e quantidade adquirida (fls. 965 e 974), em meros informes unilaterais da autora-reconvinda (fls. 982/997). Se esses informes bastassem, dispensava-se a perícia.

4. A autora-reconvinda jamais se responsabilizou pelo custo de reforma nem por fundo de comércio, que, se houvesse, tornou-se insubsistente com o despejo.

5. Falando em despejo, vê-se que seu auto certifica a permanência das

Acesso ao Sumário

bombas (fls. 334/335). Portanto, havia mesmo carência da autora ao pedir condenação à vedação ao uso da marca e à devolução dos bens cedidos em comodato, proclamada sem inconformismo à época (fls. 714/715), gerando nova preclusão.

6. Em suma, julgam-se improcedentes os pedidos da ação e os da reconvenção.

Recíproca a decadência, cada litigante arcará com a honorária do respectivo patrono e cada polo com metade das custas e das despesas processuais.

7. Pelas razões expostas, nega-se provimento ao agravo retido e ao apelo da autora e se dá parcial provimento ao apelo dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0909351-89.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante COLÉGIO NOSSA SENHORA AUXILIADORA, é apelado TUFFY RASSI NETO.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.558/2014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente sem voto), HUGO CREPALDI e CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO - Prestação de Serviços EDUCACIONAIS - AÇÃO DE COBRANÇA. 1. Mensalidade escolar. Cláusula que prevê a perda do desconto sistemático em caso de impontualidade nos pagamentos mensais. Abusividade. Dissimulação de multa moratória. Violação do Código do Consumidor (Lei nº 8.078//90). Multa limitada a 2% (dois por cento) do valor da prestação. Exegese do artigo 52, parágrafo 1º, da Lei nº 8.078/90. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. 2. Ação que versa sobre cobrança de dois contratos de prestação de serviços educacionais. Sentença que considerou apenas um dos

termos ao apontar o valor líquido devido. Sentença parcialmente reformada, a fim de determinar que seja apurado o montante devido em liquidação de sentença, afastada a multa por impontualidade pretendida pela instituição educacional. Procedência. Decisão parcialmente reformada. Recurso de apelação em parte provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de cobrança movida por **Colégio Nossa Senhora Auxiliadora** contra **Tuffy Rassi Neto**, sustentando o primeiro nomeado ter pactuado com o segundo, em 24 de janeiro de 2011, dois contratos de prestação de serviços prestados a seus filhos referente ao 7º (sétimo) e 9º (novo) ano letivo do curso fundamental. Destaca que o requerido não quitou as parcelas contratuais vencidas entre setembro e novembro de 2011, gerando débito de R$ 6.072,00 (seis mil e setenta e dois reais) no momento de propositura da ação. Busca a procedência da demanda, nos exatos termos da inicial.

A respeitável sentença de folhas 107 *usque* 110, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o demandado a pagar para a autora a quantia de R$ 1.821,60 (mil, oitocentos e vinte e um reais e sessenta centavos), corrigido desde o vencimento de cada parcela, com juros de mora a contar da citação. Em razão da sucumbência recíproca, determinou por fim que custas, despesas e honorários advocatícios devem ser compensados entre as partes.

Interpostos embargos de declaração pela autora (folhas 114/120), foram eles rejeitados (decisão de folha 130).

Inconformada, recorre a instituição de ensino pretendendo a reforma do julgado (folhas 134/139). Alega, em estreita súmula, ausência de abusividade nos valores apontados na inicial, uma vez que o desconto usualmente concedido apenas é contabilizado quando as mensalidades são pagas em dia. Outrossim, aduz que o eminente Magistrado "a quo" se enganou ao apontar o valor devido, computando apenas um contrato de prestação de serviços, quando a cobrança se refere a dois deles (dois filhos do requerido - termos às folhas 14/15 e 18/19). Requer o acolhimento do apelo, com a integral procedência da ação.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, bem preparado (folhas 140/142), regularmente processado e oportunamente respondido (folhas 148/153), subiram os autos.

Este é o relatório.

O inconformismo recursal comporta parcial provimento.

Trata-se de ação de cobrança, fundada nos contratos colacionados

às folhas 14/15 e 18/19, de serviços educacionais, prestados pela instituição educacional autora aos filhos do requerido, mais especificamente referentes ao 7º (sétimo) e 9º (nono) ano letivo do curso fundamental.

Em estreita súmula, aduz a demandante ter o requerido inadimplido com as parcelas vencidas entre setembro e dezembro de 2011 (planilha de folhas 10/12).

Dessume-se do contrato travado que a demandante concedeu desconto promocional nas mensalidades contratadas para o ano letivo de 2011. Havia uma dedução de R$ 189,75 (cento e oitenta e nove reais e setenta e cinco centavos) com relação ao contrato de folhas 18/19 (referente à C.M.C.R.) e de R$ 303,80 (trezentos e três reais e oitenta centavos) com relação ao contrato de folhas 14/15 (referente à V.C.R.), consoante se observa nos documentos de folhas 76/83.

Não se trata de nenhum favor ou da concessão parcial de bolsa de estudos, mas sim, conforme se depreende da leitura dos termos avençados e documentos colacionados, de mero desconto de pontualidade.

E não se pode deixar de reconhecer que a previsão desse prêmio de pontualidade dissimula a cobrança de uma multa moratória indevida, com o propósito de frustrar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Esse expediente é conhecido na jurisprudência e deve ser repelido.

Não há dúvida sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de prestação de serviços educacionais. São incontáveis as decisões nesse sentido, de modo que a única penalidade que a autora pode impor, por contrato, em caso de mora, é a multa de 2% prevista no Código de Defesa do Consumidor, mais correção monetária.

Não importa que o valor total do contrato dê suporte ao valor das prestações sem o abono de pontualidade. O que não pode deixar de ser observado é que a autora concedia o desconto sistematicamente, o que revela o valor real da prestação e a natureza punitiva do suposto abono de pontualidade.

Nesse sentido, jurisprudência recente deste Egrégio Tribunal de Justiça, "in verbis":

Acesso ao Sumário

> **APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - VALOR DE MENSALIDADE - DESCONTO PONTUALIDADE** - Desconstituição em razão da mora do devedor - Abusividade - Conforme entendimento já exarado por esta Corte julgadora, a adoção do referido prêmio por pontualidade caracteriza verdadeira imposição dissimulada de multa moratória, uma vez que, em realidade, consiste na cominação de penalidade ao devedor pelo adimplemento de sua prestação fora do prazo acordado - Procedimento que possibilita o acréscimo de aproximadamente 20% no valor da prestação mensal em caso de inadimplemento - Violação ao disposto pelo

art. 52, §1º, do CDC - Cobrança do valor com desconto, acrescido de multa moratória de 2% ao mês, juros e correção monetária - Recurso provido. (TJSP - Apelação nº 9300869-53.2008.8.26.0000, Rel. Des. Hugo Crepaldi - 25ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 16.02.2012).

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - Bolsa de estudo a fundo perdido. Perda do desconto, a esse título em caso de atraso no pagamento. Inadmissibilidade. Prática abusiva, que viola o Código de Defesa do Consumidor. Mora que possibilita apenas a cobrança de multa de 2%, sem prejuízo da correção monetária e juros moratórios pela taxa legal. Apelação desprovida. (TJSP - Apelação nº 9209618-56.2005.8.26.0000, Rel. Des. Edgard Rosa - 30ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 24.02.2010).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à prestação de serviços educacionais - Multa limitada a 2% - Desconto pontualidade que configura multa disfarçada e inadmissível "bis in idem" - Retenção de documentos escolares - Dano moral - Indenização reduzida - Recurso improvido. (TJSP - Apelação nº 930.565-0/9, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville - 28ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 12.08.2008).

Assim, regular a respeitável sentença ao observar que os descontos, previamente contratados, devem ser observados na cobrança das mensalidades objeto da ação.

A hipótese, contudo, é de parcial reforma do julgado.

Isto porque, a inicial versa sobre cobrança de dois contratos de prestação de serviços educacionais (documentos de folhas 14/15 e 18/19) e, ao apontar o valor líquido devido pelo requerido, o eminente Magistrado "a quo" considerou apenas um dos contratos, apontado como devido o valor de R$ 1.821,60 (mil, oitocentos e vinte e um reais e sessenta centavos).

Assim, uma vez que a cobrança se refere a dois contratos, merece parcial reforma a respeitável sentença para determinar a apuração do montante devido pelo requerido à autora em fase de liquidação de sentença, mediante simples cálculo aritmético, afastada a multa por impontualidade pretendida. Sem reflexo na divisão da verba sucumbencial, eis que bem delineada em primeira instância.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004196-13.2013.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante OPTO ELETRÔNICA S/A, é apelado BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSORCIOS LTDA..

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21717)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), MARIA LÚCIA PIZZOTTI e LINO MACHADO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: BUSCA APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PAGAMENTO DE MAIS DE 80% DO CONTRATO - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL CONFIGURADO - ABUSO NA PROPOSITURA DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO AÇÃO IMPROCEDENTE.

O adimplemento substancial do contrato de empréstimo torna abusiva a propositura da ação de busca e apreensão, devendo o credor fiduciário valer-se da execução do título para satisfação do seu crédito.

RECURSO PROVIDO

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente ação de busca e apreensão e consolidou a propriedade do veículo em nome do credor fiduciário.

Apela o requerido aduzindo que já havia adimplindo mais de 80% do contrato quando da propositura da demanda, pleiteando a improcedência da ação.

O recurso foi recebido no duplo efeito, com contrarrazões.

É o relatório.

Alegando o inadimplemento da prestação de número 54 até 59, de um total de 60 parcelas, a credora fiduciária requereu a busca e apreensão do veículo adquirido pela recorrente, obtendo ao final a consolidação da propriedade em

Acesso ao Sumário

seu nome, a despeito do não cumprimento da liminar de busca e apreensão.

Sendo assim, verificado o adimplemento substancial da dívida, forçoso reconhecer o abuso de direito na propositura da ação busca e apreensão do veículo.

Isso porque, como cediço, a venda de veículos pelo credor fiduciário é realizada abaixo do preço de mercado, acarretando ao devedor fiduciante onerosidade excessiva, pois, no caso concreto, para o recebimento da dívida remanescente do contrato, bastava fosse realizada a constrição de ativos financeiros ou, quando muito, a penhora de bens de menor valor.

Nas circunstâncias este Egrégio Tribunal de Justiça vem reconhecendo a impossibilidade de apreensão de bem alienado em garantia fiduciária.

Confira o seguinte precedente:

"ARRENDAMENTO MERCANTIL - Ação de reintegração de posse - ***Adimplemento substancial do contrato por parte do arrendatário que, de 39 parcelas, pagou 33*** *- Perda do bem que caracteriza onerosidade excessiva - Possibilidade de solução menos gravosa, remetendo-se a arrendadora para, em via própria, cobrar o saldo pendente - Carência da ação possessória reconhecida - Processo extinto, sem exame do mérito - Recurso provido para esse fim."* (Apelação com Revisão nº 9130381-75.2002.8.26.0000, Rel. Des. Sá Duarte, 33ª Câmara de Direito Privado, j. em 21/09/2005). **(Grifei)**

O mesmo entendimento está consolidado no Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. 1. Tendo o decisum do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut súmula 07/STJ. 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag nº 607.406/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004, p. 346)

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à

Acesso ao Sumário

exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (REsp nº 272.739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299).

Isso posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso**, para julgar improcedente a ação de busca e apreensão. Sucumbente, arcará a autora com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, que fixo com base no art. 20, § 4º, em R$ 1.000,00 (mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0055569-66.2012.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante REINALDO GUADAGNINI DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado KLÉBER JOSÉ NOGUEIRA JUNIOR.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE - VEÍCULO AUTOMOTOR - IRREGULARIDADE - Constatada irregularidade na numeração do motor do veículo alienado (lixamento ou raspagem), não há meios de impor ao adquirente a obrigação de providenciar a transferência da propriedade do veículo, tratando-se de obrigação de cumprimento impossível, pela recusa dos órgãos competentes.

RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls. 91/92, cujo relatório se adota, que julgou IMPROCEDENTE o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Entendeu, o magistrado ***a quo***, que a obrigação do pagamento do IPVA imposta ao autor decorre da titularidade do veículo ainda não transferida por circunstâncias alheias à vontade do réu, que está impedido de utilizar o veículo. Disse que o réu tentou efetuar a transferência de propriedade do bem, mas não pôde concluir a providência pelo fato de ter sido constatada raspagem do número do motor, fato que deve ser atribuído ao autor, que alienou o bem nestas condições e, portanto, não pode se isentar do pagamento dos tributos correspondentes a sua propriedade.

Irresignado, apelou o demandante, vencido.

Aduziu, em suma, que no momento da venda o veículo estava em ordem, inclusive quanto à documentação, sendo que eventual raspagem do número do motor ocorreu em momento posterior a venda e não pode ser a ele atribuída a responsabilidade por tal evento. Disse que o réu trouxe aos autos uma série de alegações sem apresentar a prova correspondente, devendo ser acolhido o pedido inicial de transferência do bem e condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, pois inclusive o apelado tentou realizar a revenda do bem, anunciado o ato em site da internet sem antes transferir a propriedade do veículo para seu nome. Argumentou, assim, pela reforma da r. decisão, dando-se provimento ao recurso interposto.

Processado o apelo sem o recolhimento do preparo respectivo, diante da concessão da gratuidade ao apelante, restou ele respondido, sendo os autos posteriormente remetidos a este Tribunal.

É a síntese do necessário.

Por meio desta demanda pretende o autor ver o réu condenado ao pagamento de indenização por danos morais, bem como ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na transferência da propriedade do bem descrito na inicial para seu nome. O pleito foi integralmente rechaçado pelo magistrado ***a quo***, insurgindo-se o demandante contra tal decisão por meio deste recurso de apelação.

O recurso interposto não comporta provimento.

Pelo que se denota dos autos o autor vendeu para o réu um veículo Buggy, mediante o pagamento de quantia equivalente a R$ 25.000,00, cuja propriedade não foi transferida por recusa quando da realização de vistoria técnica, diante de sinais de rasura na numeração do motor do veículo.

De acordo com o teor do “laudo para transferência” constante de fls. 43,

Acesso ao Sumário

o veículo deveria ser recusado, pois o número do motor contava com sinais visíveis de lixa, ou seja, de tentativa ou consumação de adulteração, de modo que o órgão oficial recusou a realização da transferência da propriedade.

Assim, diante desse fato, não pode o réu ser obrigado a realizar a transferência da propriedade de um bem se os próprios órgãos responsáveis pela transferência se recusam a formalizar o ato, pela irregularidade constatada no bem. Impor tal ônus ao réu seria o mesmo que impor obrigação impossível, razão pela qual não há meios de se dar acolhimento ao pedido do autor.

Ademais, não há prova alguma de que tenha sido o réu quem adulterou o motor do veículo em questão, tratando-se de tese bastante improvável, aliás, afinal, não é razoável que uma pessoa efetue o pagamento de R$ 25.000,00 para aquisição de um veículo e posteriormente inutilize o bem com a raspagem do número do motor respectivo. Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal quando do julgamento de caso semelhante:

TJSP - 0003448-19.2011.8.26.0576 - Apelação/Compra e Venda

Relator(a): Mario A. Silveira

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou improcedente ação de obrigação de fazer c.c. tutela antecipada, danos morais e materiais. Compra e venda de veículo. Perícia técnica que constatou irregularidade na numeração de identificação do motor. Impossibilidade de transferência de propriedade. Litigância de má-fé afastada. Prequestionamento afastado. Sentença mantida.

Como bem ponderou o i. Des. Relator do acórdão cuja ementa transcrevi acima:

Conquanto não haja provas nos autos de que a apelada, na data em que realizou o negócio de compra e venda com o apelante, era conhecedora da adulteração da identificação do motor, diante do constatado pela perícia técnica, não há como obrigar a apelada a efetivar a transferência do veículo junto ao órgão de trânsito competente.

Do mesmo modo não há que se falar em indenização por danos morais, ante a ausência de qualquer ato ilícito por parte da apelada.

No mais, tenho que o magistrado ***a quo*** solveu com peculiar clareza e riqueza de fundamentação a lide exposta em Juízo dando à causa a solução justa e adequada, conforme amplo precedente jurisprudencial e doutrinário, cuja segura conclusão pronunciada não merece ser reformada pelas razões do apelante.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição.

Acesso ao Sumário

Destarte, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos da Apelação nº 0331442-96.2009.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são apelantes GILBERTO ENGLER JUNIOR, SILVIA PELEGRINI CASTELLAN LEITE e MARIA LUCIA BORIM, são apelados ELETRO METAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ELETRO ELETRÔNICOS LTDA., COLLECTION LITORAL IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. e TOYOTA DO BRASIL LTDA..

ACORDAM, em 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20300)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), SALLES ROSSI e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Ação indenizatória - Alegação de defeito em produto, com consequente óbito de menor - Enforcamento em vidro elétrico de veículo automotor - Improcedência - Inconformismo - Desacolhimento - Sistema original alterado para permitir o fechamento dos vidros por controle remoto - Ausência de prova de que a instalação tenha sido realizada pelas apeladas - Produto instalado que não preservava a função de antiesmagamento - Risco destacado no manual de instruções - Infortúnio causado pela permissão, ainda que negligente, de menor brincar, sozinho e na posse das chaves, no interior de veículo - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

I - Trata-se de sentença que julgou improcedente ação indenizatória. Confira-se fls. 624/633.

Inconformados, apelam os autores (fls. 637/650). Narram que são familiares de menor, morto no interior de veículo Toyota, em razão de

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

enforcamento por vidro elétrico, sendo-lhes devida, pois, indenização moral e material. Insistem não terem realizado modificação no sistema após a compra, ressaltando a responsabilidade objetiva dos fornecedores, ante ao seu dever em prevenir e reparar os danos provenientes de seus produtos. Apontam que, quando feita como cortesia pela concessionária, a instalação do módulo HL (sistema alarme por acionamento elétrico), o fato não consta da nota fiscal. Destacam que o item integra o rol de acessórios da Toyota, embora se trate de um produto defeituoso, já que desativa o mecanismo de antiesmagamento, com periculosidade reconhecida. Discorrem sobre a responsabilidade de cada uma das rés, defendendo inexistir excludentes, haja vista que caso fortuito ou força maior, citado pelo i. Julgador de origem, não estão elencados no rol do art. 12, III, § 3º, do CDC. Elucidam cada um dos pedidos formulados e invocam as Súmulas 491, do STF, e a 73, do STJ, pugnando pela procedência da demanda.

O preparo não foi recolhido, em razão da gratuidade, sendo o apelo recebido (fls. 651) e contrariado (fls. 656/663, fls. 664/687 e fls. 688/707).

O recurso foi, inicialmente, distribuído a outra Relatoria, sendo redistribuído a este Desembargador em 30.04.14, em cumprimento à Resolução nº 643/2014.

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II – Por meio da presente demanda, pretendem os apelantes ser indenizados, no âmbito material e moral, em razão do lamentável falecimento de menor - filho e neto dos autores -, ocorrido pelo enforcamento causado por vidro elétrico, instalado em veículo da marca Toyota.

Propuseram, assim, esta ação, em face da fabricante do item opcional (Eletro Metal Indústria e Comércio de Eletro-Eletrônicos Ltda.), da concessionária onde o automóvel foi adquirido (Collection Litoral Importação e Comércio Ltda.) e da montadora Toyota do Brasil S/A.

Defendem que a desastrosa situação narrada decorreu de defeito do produto instalado, que, aduzem, foi oferecido pela concessionária. Salientam que, como apontado pelo laudo técnico, produzido em cautelar de antecipação de prova, ante a ativação da subida dos vidros por controle remoto, o sistema de antiesmagamento é desativado, o que compromete a segurança do produto vendido, ensejando a responsabilidade das apeladas, com base nos arts. 12 e ss., do CDC.

O i. Julgador *a quo*, entretanto, ao bem analisar o conjunto probatório, chegou à conclusão oposta.

Com efeito, a situação narrada sensibiliza e é mesmo lastimável. Tratou-se, todavia, de um infortúnio, em relação ao qual não podem ser responsabilizadas as apeladas.

Isso porque restou comprovado que o modelo do veículo adquirido pela

Acesso ao Sumário

apelante Maria, realmente, saia de fábrica com o sistema de antiesmagamento no vidro dianteiro esquerdo, mas sem o opcional de acioná-lo por meio de controle-remoto, peça que, segundo consta do manual do proprietário (fls. 438, 1-2-6) e como afirmou a testemunha a fls. 560, apenas era destinado ao travamento das portas.

Desse modo, visando maior comodidade, a apelante teria promovido alteração no sistema original, a fim de possibilitar o uso do controle também para essa finalidade.

Ocorre que inexiste prova de que a instalação tenha sido oferecida e realizada pela concessionária, posto que o item não consta da nota fiscal e nem da proposta de compra, que citam os itens dados como cortesia (*vide* fls. 242 e 543). Nesse sentido, ainda, a declaração da empresa que prestava o serviço de instalação de item dessa natureza (fls. 251 - autos apensos).

Ademais, verifica-se que a fabricante do opcional, coapelada Eletro, disponibilizava, no mercado, dois tipos de sistema, com relevante variação de preços, um que preservava a função de antiesmagamento, com o fechamento à distância, e outro que não.

Esse ponto, aliás, foi esclarecido pela testemunha Alexandre de Jesus, que, também, mencionou que o produto instalado pelos apelantes **não** tinha sistema de antiesmagamento (fls. 569), sendo tal risco alertado em seu manual de instruções, com os seguintes dizeres:

> "Cuidado no acionamento com crianças e animais dentro do veículo, pois uma vez acionado, se não for feita a parada de emergência, o vidro só para no final do curso." (fls. 205)

Sob esse contexto, não há que se falar em defeito do produto, tampouco em nexo de causalidade entre o dano e a conduta das apeladas, sendo, desse modo, acertada a improcedência da demanda.

Infelizmente, a conduta dos apelantes em permitir - ainda que por negligência - que o menor brincasse no interior de veículo, sozinho e na posse do controle de abertura e trancamento das portas, acabou ensejando fato inesperado e, como já frisado, extremamente lamentável.

A propósito, a pertinente fundamentação do Juízo *a quo*:

> "Poderia ser acrescentado: é simplesmente inadmissível que os responsáveis, pais e avós de L.F., então com três anos e sete meses de vida, tenham permitido que o infante, de posse das chaves e do controle de abertura e fechamento das portas, sozinho, tenha ingressado no veículo e lá permanecido, por pura diversão, possivelmente brincando com os controles e demais equipamentos do veículo.
>
> Nessa situação, em verdade, o menor estava sujeito a uma infinita gama de infortúnios que poderiam ocasionar o mesmo resultado. Uma queda, um choque, um trauma, o acionamento inadvertido do motor e, portanto,

Acesso ao Sumário

do próprio veículo, etc, são todas condutas – ou meras travessuras – previsíveis da parte de uma criança de tenra idade frente a um equipamento altamente complexo como o veículo em que se encontrava na ocasião do sinistro.”

Em conclusão, mantém-se a r. sentença recorrida, inclusive, por seus próprios fundamentos.

III - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023865-26.2008.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante RAFEC IMÓVEIS LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO) e é apelado JORGE BENEDITO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 17435)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - MANDATO - ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS - Para caracterizar-se o dever de indenizar devem estar presentes todos os pressupostos necessários previstos no artigo 186 do Código Civil - Personalidade jurídica da empresa que se distingue da dos membros que a compõem - Consagração do princípio da autonomia patrimonial - Negligência da administradora não caracterizada, uma vez que realizou a devida análise financeira da pessoa jurídica locatária - Responsabilidade civil não configurada. Sentença parcialmente mantida. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 165/168 julgou procedente ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguel e acessórios ajuizada por **JORGE BENEDITO DOS SANTOS** em face de **ROCKENBACH & HASHIMOTO TECNOLOGIA CONSTRUTIVA LTDA.** e **RAFEC IMÓVEIS LTDA.** para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento: **a)** dos alugueis e IPTU no valor de R$ 6.149,88, com correção monetária pela tabela prática deste Tribunal de Justiça, juros de mora de 1% ao mês, tudo desde o ajuizamento da ação; e daqueles que venceram entre o ajuizamento da ação até a desocupação do imóvel (29.03.09), atualizados e com juros de mora mencionados, desde o vencimento de cada parcela, mais multa contratual sobre o aluguel; **b)** das contas de energia no valor de R$ 1.145,11, com correção monetária pela tabela prática deste Tribunal de Justiça, juros de mora de 1% ao mês, tudo desde o ajuizamento da ação; e daquelas que venceram entre o ajuizamento da ação até a desocupação do imóvel (29.03.09), atualizados e com juros de mora mencionados, desde o vencimento de cada parcela; **c)** das contas de água no valor de R$ 191,81, com correção monetária pela tabela prática deste Tribunal de Justiça, e juros de mora de 1% ao mês, tudo desde o ajuizamento da ação; e daquelas que venceram entre o ajuizamento da ação até a desocupação do imóvel (29.03.09), atualizados e com juros de mora mencionados, desde o vencimento de cada parcela; **d)** do valor de R$ 3.000,00, referente à multa contratual, com correção monetária pela tabela prática deste Tribunal de Justiça, juros de mora de 1% ao mês, tudo desde o ajuizamento da ação; **e)** do valor de R$ 7.700,00, a título de mão-de-obra para reparos no imóvel, com correção monetária pela tabela prática deste Tribunal de Justiça a partir de 11.05.09, juros de mora de 1% ao mês desde a citação; **f)** do valor de R$ 3.744,10, correspondente aos materiais necessários à reparação do imóvel, com correção monetária pela tabela prática deste Tribunal de Justiça a partir de 11.05.09, juros de mora de 1% ao mês desde a citação; devendo ser abatido da dívida o valor da caução locatícia; mais honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

A imobiliária apelou. Alega, em síntese, que a pessoa jurídica não se confunde com a física, bem como os seus respectivos bens, somente sendo atingido o patrimônio da pessoa jurídica no caso de má gestão do sócio. Afirma que não descumpriu a cláusula contratual quanto ao dever de investigar a situação econômica e financeira, que somente se deu em relação à locatária, e não aos seus sócios. No tocante à exibição de fiador idôneo, ela foi substituída pela caução locatícia, que nos termos do art. 37, § 2º, da Lei nº 8.245/91, não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel. Pede provimento ao recurso para que a ação seja julgada improcedente com relação a esta corré, ou, caso diverso o entendimento deste Tribunal de Justiça, seja atualizado o valor

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

da garantia locatícia para fins de abatimento do *quantum* objeto da condenação.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 185/190).

É o relatório, passo ao voto.

Depreende-se dos documentos acostados aos autos que o apelado e a apelante firmaram contrato de prestação de serviços, locação e administração de imóveis (fls. 139/140), tendo a imobiliária negociado a locação do imóvel de propriedade do autor com a corré Rockenbach & Hashimoto Tecnologia Construtiva Ltda. (fls. 17/23).

O autor afirma ser a imobiliária solidariamente responsável pelos débitos oriundos da locação do imóvel, uma vez que foi negligente quando da sua realização, ensejando a sua responsabilidade nos termos do art. 186 do CC. Isso porque não investigou a situação financeira dos sócios da empresa locatária, sendo que um deles constava como parte ré de duas outras ações de despejo.

Delineada a breve situação fática narrada, passo à análise do mérito recursal.

O cerne da questão limita-se em aferir a existência de responsabilização ou não da imobiliária quando da prestação dos serviços de administração do imóvel de propriedade do apelado.

Verifica-se no presente caso que a apelante agiu com diligência quando da análise financeira da locatária, pesquisando quanto à existência de restrição em nome da pessoa jurídica nos órgãos de proteção ao crédito (fl. 141), às referências comerciais da empresa (fl. 142), além de exigir dela a caução locatícia no valor de R$ 3.000,00 (fl. 143), que corresponde à quantia prescrita no § 2º do art. 37, da Lei do Inquilinato.

Presente a caução como modalidade de garantia, não há falar em descumprimento de cláusula contratual por parte da apelante quanto à exibição de fiador no contrato locatício. Isso porque, disposição legal veda a exigência de mais de uma das modalidades de garantia no mesmo instrumento (art. 37 e parágrafo único, da Lei nº 8.245/91).

Assim, permite-se concluir que a apelante desenvolveu suas atividades com as cautelas mínimas necessárias a garantir o objeto do mandato, ou seja, a administração da locação, perquirindo acerca da idoneidade da pessoa jurídica locatária, que se distingue da dos membros que a compõem.

A lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os seus sócios, consagrando o principio da autonomia patrimonial. Assim, os sócios não são considerados os titulares dos direitos ou os devedores das obrigações relacionados ao exercício da atividade econômica, sendo a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de direitos e deveres dessas prestações (**COELHO, Fábio Ulhoa**. Curso de Direito Comercial - direito de empresa, v. 2, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, vale transcrever trecho da obra de autoria do mencionado professor:

"*Em relação à titularidade obrigacional, note-se que os vínculos de obrigação jurídica, contratuais e extracontratuais, originados da exploração da atividade econômica aproximam terceiros (fornecedores, consumidores, empregados, locador, fisco etc.) e a pessoa jurídica da sociedade empresária. Os sócios não são partícipes dessa relação.* ***Assim, por exemplo, constituída uma sociedade limitada, e sendo necessária a locação de imóvel para a instalação do estabelecimento empresarial, a locatária será a pessoa jurídica da sociedade, e não os seus sócios, ou o administrador***". (destaque nosso).

Por todas essas razões, de rigor o provimento recursal para afastar a condenação solidária da apelante, julgando, em relação a ela, improcedente o pedido, nos termos do art. 169, I, do CPC.

Sucumbente, o autor arcará com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos expostos, mantida, no mais, a r. sentença.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4003858-30.2013.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante GERLOS EL DIB, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GUANABARA.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - ENCARGOS CONDOMINIAIS - Cobrança do valor da indenização a que o condomínio foi condenado em ação contra ele movida pelo apelante - Participação

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

do recorrente no rateio - Impossibilidade - Primado do princípio da moralidade - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Guanabara Condomínio Edifício ajuizou a presente **ação ordinária** contra **Gergos El Dib**, alegando, resumidamente, que ele, proprietário da unidade 201, deixou de pagar as despesas condominiais vencidas, vindo, ao fim e ao cabo, a atribuir à causa o valor de R$ 716,29.

A sentença de fls. 60/61 julgou a demanda procedente, escarmentando, ainda, o acionado com as verbas da sucumbência.

Inconformado com o desfecho da demanda, o demandado interpôs, a fls. 71, recurso de apelação, alegando, *inter alia*, ao arrazoá-lo a fls. 72/76: (**a**) ajuizou contra o apelado ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de reparação de danos morais, vindo ele a ser condenado a lhe pagar indenização equivalente a R$ 15.500,00; (**b**) objetivando cumprir a determinação judicial, o recorrido rateou o valor da indenização entre os condôminos, vindo a incluí-lo no rateio; (**c**) pelas peculiaridades do caso concreto, não está obrigado a pagar pelo rateio extraordinário da despesa condominial correspondente à indenização de que é o beneficiário.

Recurso recebido e bem processado. Contrarrazões de apelação a fls. 82/84.

É o relatório.

O argumento-aquiles do apelante é o de que não pode ser compelido a pagar o momento reivindicado pelo apelado em virtude dele concernir à indenização que por ele lhe é devida. Dito de outra forma, estaria sendo chamado a participar do rateio da importância de R$ 15.500,00, a qual teria sido fixada em seu prol nos lindes da ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais, que aforou contra o recorrido.

O apelado não desmentiu a versão dada aos fatos pelo apelante, limitando-se a alegar o seguinte no âmbito de suas contrarrazões de apelação:

> “*Como bem apanhado pelo r. decisório de origem, as despesas condominiais devem ser rateadas por todos os condôminos.*
>
> *Todas as despesas realizadas pelo condomínio devem ser rateadas entre os proprietários.*”

Acesso ao Sumário

Cotejados os argumentos esgrimidos pelos protagonistas do processo, a inexorável conclusão é a de que a pretensão do recorrente exsurge fundada sobre o melhor direito, devendo, por conseguinte, ser albergada por esta instância recursal.

Como não se ignora, a hodierna hermenêutica processual ostenta um

caráter marcadamente constitucional, o que deixa claro que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. Exemplo disso é o teor do art. 6º do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro:

> “*Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.*”

Claro está, pois, em semelhante conjuntura, que permitir que o apelante participe do rateio da indenização que lhe foi assegurada por provimento jurisdicional, ao fim e ao cabo de ação que moveu contra o apelado, feriria de morte o princípio da moralidade, um dos esteios da moderna processualística civil.

Postas estas premissas, ***dá-se provimento*** ao recurso para o fim de desobrigar o apelante de participar do rateio da indenização por ele obtida em ação movida contra o apelado. Este arcará com as despesas processuais e os honorários advocatícios, esses à razão de R$ 800,00 (art. 20, § 4º, do CPC).

Jurisprudência - Direito Privado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041507-18.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DELOITTE TOUCHE OUTSOURCING SERVIÇOS CONTÁBEIS E ADMINISTRATIVOS LTDA., é apelado PLANTRONICS TELECOMUNICAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.611)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FRANCISCO THOMAZ e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação com pedido de indenização por dano material. Prestação de serviço. “Outsourcing”. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Código de Defesa do consumidor não aplicável. Relação entre as partes que configura relação empresarial, não de consumo. Dano material. Autuação tributária

decorrente de falha da ré no cumprimento de suas obrigações contratuais. Atribuição de perfazer todo o procedimento necessário para o pagamento do tributo incidente nas operações de importação realizadas pela autora. Responsabilidade da ré pelo conhecimento e observância das normas pertinentes ao tema. Interpretação do contrato de acordo com a intenção das partes ao celebrá-lo. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, reproduzidos em parte (art. 252 do R.I. TJSP). Apelo a que se nega provimento.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação condenatória, com pedido de indenização por dano material que **PLANTRONICS TELECOMUNICAÇÕES LTDA.** move contra **DELOITTE TOUCHE OUTSOURCING SERVIÇOS CONTÁBEIS E ADMINISTRATIVOS LTDA.**, julgada procedente pela sentença de fls. 311/317, cujo relatório adoto, da lavra do Juiz Edward Albert Lancelot Dodd Canterbury Caterham Wickfield, para o fim de condenar a ré ao pagamento de R$ 2.038.724,71 à autora, com atualização a partir de abril de 2012, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a ré às fls. 331/351. Sustenta a nulidade da sentença, pois configurado cerceamento de defesa pela não produção da prova oral requerida, essencial para esclarecer o verdadeiro conteúdo de sua prestação contratual e as condutas praticadas pelos contratantes no decorrer da relação contratual. Considera inviável a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso, uma vez que o serviço prestado destinava-se a auxiliar a atividade empresarial de forma indireta, que dependia do funcionamento adequado das áreas financeira e fiscal. Alega ser equivocada a interpretação dada ao contrato pela sentença. Segundo afirma, a prestação contratual era composta de deveres pontuais e bastante específicos, que não incluíam a obrigação apontada pela apelada como inadimplida. Quanto ao ICMS, acrescenta, se comprometeu apenas a emitir os documentos necessários para recolhimento e encaminhar a declaração, por meio eletrônico, para a autoridade fiscal. Prossegue dizendo que o escopo contratual não abrangia o gerenciamento de contingências fiscais da apelada. Aduz que a Plantronics Inc. exercia enorme controle sobre a filial brasileira, de modo que o pagamento de qualquer valor, ainda que inexpressivo, dependia de sua aprovação, e que a apelada exercia parcela relevante de suas atividades internas.

Acesso ao Sumário

Pugna pelo provimento.

Recurso recebido, processado, respondido (fls. 389/418) e preparado (fls. 352/353 e 357).

Relatados.

2. O apelo não merece provimento.

Inicialmente, não há que se falar em cerceamento de defesa. O juiz só está obrigado a abrir a fase instrutória se, para a formação do seu convencimento, permanecerem os fatos controvertidos pertinentes e relevantes, passíveis de prova testemunhal ou pericial.

Outrossim, "*o julgamento conforme o estado do processo é uma decisão reservada, em princípio, à prudente discrição do juiz, da prova que apreciará a causa assim como posta na petição do autor, na resposta do réu e pela prova produzida, avaliando-se como um conjunto útil ao esclarecimento dos pontos relevantes para o julgamento. Se ele concluir pela suficiência, a revisão de sua decisão nesta instância especial somente se aplica se constatada violação à regra sobre a prova ou ofensa aos princípios do processo*". (AI nº 53.975-SP, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJU 20.04.95).

Destarte, afigura-se correta a orientação do juiz de primeiro grau, que considerou desnecessária a produção de outras provas além das já existentes nos autos. Não se pode deixar de observar que não houve infração aos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal, porque o princípio do devido processo legal não implica a concessão da produção de todas as provas, mas somente as necessárias e que contribuam efetivamente para a convicção do juiz, tanto que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de indeferimento daquelas inúteis, julgando-se antecipadamente a lide.

Ademais, intimado para especificar as provas cuja produção pretendia, justificando-as (fl. 307), a apelante reiterou o pedido de prova oral deduzido às fls. 245/247. Não se preocupou, contudo, sequer em apresentar rol ou em esclarecer, naquele momento ou em suas razões de recurso, quem eram as testemunhas cuja oitiva pretendia e o que elas poderiam acrescentar à instrução probatória ou alterar as conclusões obtidas a partir da prova documental existente nos autos.

Afasto, pois, a preliminar suscitada.

No mérito, sem razão a apelante.

No caso, com a devida vênia e respeitado o entendimento do douto sentenciante, a relação contratual mantida entre a apelante e a apelada não é de consumo, mas empresarial.

De início, cumpre ressaltar que a teoria finalista é prevalente na doutrina e na jurisprudência pátria. Portanto, em se tratando de contratação de serviço vinculado à atividade empresarial da tomadora, não há, em princípio, porque se falar em significativa desigualdade entre as partes ou em relação de consumo.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, o contrato de prestação de serviços ("outsourcing") celebrado entre as partes não pode ser vislumbrado como relação de consumo, haja vista a não caracterização de destinatário final disciplinada no art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Embora o serviço não constitua exatamente insumo a ser aplicado na atividade econômica da autora, não há dúvida de que destinava-se a "*ajudar a empresa a se concentrar em seu negócio principal, área que gera vantagem competitiva*".

FÁBIO ULHOA COELHO, professor da PUCSP, ao comentar os artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor professa a seguinte posição: "*Consumidor é definido pelo art. 2º do CDC como sendo aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, enquanto fornecedor, de acordo com o art. 3º, é aquele que desenvolve atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado. Contudo, nem todo destinatário final de uma aquisição é consumidor, assim como nem todo exercente de atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado, um fornecedor. Exemplifico com o contrato de compra e venda. Se o comprador está realizando o negócio com o intuito de ter o bem adquirido para seu próprio uso, mas o vendedor não é exercente de atividade econômica relacionada com o oferecimento do bem, o contrato é cível. Imagine- se o profissional liberal vendendo seu automóvel usado a amigo ou mesmo desconhecida pessoa. Nessa hipótese, embora o comprador pudesse enquadrar-se no conceito de consumidor, já que realiza o negócio como destinatário final do produto, o vendedor não se pode determinar como fornecedor, pois não exerce atividade econômica voltada a suprir o mercado de bens daquele gênero (veículos usados). Por outro lado, não se configura relação de consumo se o vendedor exerce atividade econômica de oferecimento de certo produto ao mercado, mas o comprador não o adquire para o seu uso, e sim como vistas a reinseri-lo na cadeia de circulação de riquezas*". (Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 12ª Edição, 2011, p. 197/198).

Sintetiza o eminente comercialista: "*A destinação final mencionada no art. 2º do CDC não pode ser interpretada como estação física do produto ou serviço. Deve-se compreendê-la como estação econômica, a que destrói o seu valor de troca. Se o bem ou serviço é insumo de atividade empresarial, quem o adquire ou utiliza não é o seu destinatário final sob o ponto de vista econômico, embora possa sê-lo na perspectiva física. Ele, por isso, não se enquadra no conceito legal de consumidor e não pode ser tutelado, nas suas relações com os demais empresários, pelo Código de Defesa do Consumidor*" (obra citada, p. 204).

CLÁUDIA LIMA MARQUES e ANTÔNIO HERMAM V. BENJAMIM, cultores e doutrinadores do Direito do Consumidor, limitam a tutela especial aos consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, que adquirem bens ou serviços em situação de não-profissionalidade, ou ainda quando ostentem situação de hipossuficiência técnica ou flagrante vulnerabilidade:

"*Em resumo e concluindo, concordamos com a interpretação finalista*

Acesso ao Sumário

das normas do CDC. A regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de tutela especial do Código e conforme a finalidade da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. (...).

O destinatário final é o 'Endverbraucher', o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Portanto, em princípio estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.

Em face da experiência no direito comparado, a escolha do legislador brasileiro, do critério da destinação final, com o parágrafo único do art. 2º e com uma interpretação teleológica permitindo exceções, parece ser uma escolha sensata. A regra é a exclusão 'ab initio' do profissional da proteção do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, excluirá o contrato da aplicação das regras normais do Direito Comercial e aplicará as regras protetivas do CDC" (CLÁUDIA LIMAS MARQUES, Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais, 4ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 278/280).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem consolidado entendimento na linha doutrinária acima referida. Confira-se:

"*O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo*" (AgRg no REsp nº 916.939-MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, julgamento por votação unânime ocorrido em 4/11/2008).

Por tais motivos, considerando-se que o serviço prestado pela apelante destinava-se a auxiliar a atividade empresarial da apelada, ainda que indiretamente, para o cumprimento de obrigações contábeis e tributárias impostas pela lei especificamente às empresas, não se justifica a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao litígio *sub judice*.

Não obstante, a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor

Acesso ao Sumário

ao caso não altera em nada o resultado. O fundamento adotado pela sentença não se baseou nas normas consumeristas, mas em regras e princípios aplicáveis aos contratos em geral.

No mais, a sentença deve ser confirmada, em sua maior parte, pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que estabelece: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Na Seção de Direito Privado desta Corte, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros precedentes: **Apelação nº 994.06.023739-8**, rel. Des. Elliot Akel, em 17/06/2010; **Agravo de Instrumento nº 990.10.153930-6**, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 17/06/2010; **Apelação nº 994.02.069946-8**, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, em 08/06/2010; **Apelação nº 994.05.106096-7**, rel. Des. Neves Amorim, em 29/06/2010; **Apelação nº 994.04.069012-1**, rel. Des. José Roberto Bedran, em 22/06/2010; **Apelação nº 990.10.031478-5**, rel. Des. Beretta da Silveira, em 13/04/2010; **Apelação nº 994.05.0097355-6**, rel. Des. James Siano, em 19/05/2010; **Apelação nº 994.01.017050-8**, rel. Des. José Joaquim dos Santos, em 27/05/2010; **Apelação nº 994.04.080827-0**, rel. Des. Alvaro Passos, em 17/09/2010; **Apelação nº 994.04.073760-8**, rel. Des. Paulo Alcides, em 01/07/2010; **Agravo de Instrumento nº 990.10.271130-7**, rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010.

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* decisum" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

E também o Pretório Excelso tem entendido correntemente que é possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito recentemente na decisão da lavra do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, nos RE nºs 591.797 e 626.307, em 26.08.2010, em que assenta, textualmente, o que segue: "*Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro*

Acesso ao Sumário

Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000)".

Consigna-se, apenas, que, corretamente, a sentença assentou o seguinte quanto ao contrato e à responsabilidade da ré pela reparação do dano material decorrente da má prestação do serviço:

"*No mérito a ação é procedente.*

(...)

Em que pese a complexidade das obrigações tributárias em questão e das atividades contratualmente atribuídas à ré, a lide em exame se restringe a saber se a ré foi ou não a responsável pelo prejuízo experimentado pela autora, decorrente da autuação tributária por suposta falha da ré no cumprimento de suas obrigações contratuais.

Aduz a autora que a ré foi contratada justamente para suprir sua lacuna organizacional, para que prestasse serviços de contabilidade, assessoria fiscal, tributária e trabalhista, terceirizando, assim, todo o seu departamento financeiro.

A ré, por sua vez, busca reduzir suas atribuições sustentando que nelas não se incluía a obrigação de gerenciamento das contingências fiscais da autora.

As partes não disputam que a proposta de fls. 60/73 corresponde aos serviços e obrigações contratadas.

Importa consignar inicialmente a forma como a ré apresenta à autora seus serviços. Esclarece a ré, no item II de fls. 62, que o 'outsourcing' 'é a decisão comercial de transferir o trabalho interno para um fornecedor externo' porque, dentre outras razões, 'ajuda a empresa a se concentrar em seu negócio principal, área que gera vantagem competitiva'.

E, como narra a inicial, era justamente esse tipo de serviço que necessitava a autora, face ao seu reduzido e específico corpo de funcionários, visando com a contratação delegar à ré os serviços de contabilidade, fiscais, financeiros e trabalhistas, tais como propostos nos itens 1 a 4 (fls. 65/66), melhor especificados no 'anexo I', conforme fls. 70/72.

No caso específico em discussão, relativo ao recolhimento do ICMS, era atribuição da ré perfazer todo o procedimento necessário para o pagamento do tributo incidente nas operações de importações pela autora, conforme detalhado no item 2 (fls. 70/71).

Mostra-se claro que cabia à ré o conhecimento e observância das disposições do Decreto Estadual nº 56.045/2010, as quais eram do interesse direto da autora. A regulamentação constante do referido decreto envolvia interesse econômico relevante para a autora, posto que regulava a incidência e o recolhimento do ICMS em atividade desenvolvida pela autora, sendo evidente a obrigação contratual da ré de assessorá-la no procedimento previsto para que não incidisse em infração.

A amplitude das atividades contratadas pela autora à ré deixa claro que a intenção, o interesse e o objeto da contratação era livrar a autora daquelas

Acesso ao Sumário

atividades, para, como promovido pela ré, a autora pudesse 'se concentrar em seu negócio principal, área que gera vantagem competitiva'.

As tentativas da ré, assim, de restringir suas obrigações buscando extrair das cláusulas da proposta a conclusão de que não tinha qualquer responsabilidade pelo cumprimento do referido Decreto Estadual, não podem ser aceitas.

Vigora, no caso, o disposto no artigo 112 do Código Civil: 'Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem'.

Isso porque pode acontecer do meio utilizado não traduzir fielmente a intenção dos interessados, caso em que, conforme o disposto neste artigo, deverá prevalecer esta última. O legislador objetivou estabelecer um equilíbrio entre os imperativos de justiça com os de segurança jurídica.

Destarte, a interpretação do negócio jurídico não deve ater-se unicamente ao seu texto, ou seja, ao exame gramatical de seus termos, e sim procurar fixar a vontade e suas consequências jurídicas, buscando a intenção, sem, contudo, se vincular estritamente ao teor linguístico do ato negocial. O primordial interesse é desvendar a vontade real e não a declarada tão somente, por esta razão é de suma importância descobrir a intenção consubstanciada na declaração.

MARCO AURÉLIO DE SÁ VIANA, ensina que 'a abordagem gramatical é apenas o primeiro passo, cumprindo ao intérprete conjugar o elemento filológico com a conduta precedente ou posterior das partes, buscando, nas circunstâncias em que a vontade se expressou, a intenção que alimenta os sujeitos'. (Curso de Direito Civil - Parte Geral, Forense, pág. 283).

E, no caso em exame, não há dúvida da intenção da autora em, como dito, 'terceirizar' as atividades burocráticas e legais à contratada.

No tocante às verbas reclamadas pela autora, a ré não as impugnou em sua contestação. Presumem-se, portanto, corretas, nos termos do art. 302 do Código de Processo Civil" (fls. 286/289).

Tem razão o douto sentenciante. Correta a interpretação do contrato em conjunto com a proposta. As cláusulas foram bem analisadas e nada há a acrescentar.

Outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção dos que foram acertadamente deduzidos na sentença, e aqui expressamente utilizados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Bem por isso, a sentença recorrida será mantida.

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014823-62.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JOAQUIM REGINALDO LEMES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A (NÃO CITADO).

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8822)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: PETIÇÃO INICIAL. Ação revisional de contrato bancário c.c. consignação em pagamento. Indeferimento da petição inicial. Determinação para exibição de memória de cálculo nos termos do artigo 285-B, do Código de Processo Civil. Autor que alega impossibilidade de quantificar os valores pretendidos por não possuir o contrato. Descumprimento da mencionada norma. Indeferimento mantido. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação contra sentença (fls. 57/59), proferida em ação revisional de contrato bancário, que julgou inepta a inicial e extinto o processo, com base no artigo 267, VI, c.c. artigo 295, I, e artigo 284, todos do Código de Processo Civil.

Apela o autor (fls. 64/77) pretendendo a nulidade da r. sentença, por cerceamento de seu direito de defesa. Aponta que cumpriu todos os requisitos para o ajuizamento da ação. Requer o imediato julgamento do feito para se afastar a cobrança ilegal de juros capitalizados, sem previsão contratual; a ausência de previsão contratual de amortização anterior à atualização do débito; a onerosidade excessiva da incidência dos juros; a incompatibilidade da taxa mensal de 2,3% de juros com a anual de 31,87%. Alternativamente, requer a

Acesso ao Sumário

limitação dos juros pela taxa média mensal. Aponta a cobrança ilegal de "tarifa financiada" e de boleto bancário. Prequestiona a matéria.

Recurso tempestivo (fls. 61 e 64), isento de preparo (fls. 50) e sem resposta por não ter a outra parte integrado a lide.

VOTO

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação revisional de contrato de financiamento c.c. repetição de indébito em que alega o autor ter firmado com o réu contrato de financiamento de veículo no valor tomado de R$ 7.500,00 a ser pago em 36 parcelas fixas de R$ 334,92, apontando haver abusividades como a cobrança de juros acima da média de mercado, a capitalização indevida, pois não pactuada, a prática indevida de anatocismo, a ilegalidade da amortização anterior à atualização do débito, por ausência de previsão contratual, que os encargos moratórios e remuneratórios devem recair sobre o valor do débito com exclusão dos tributos, por ausência de previsão contratual, a taxa de juros remuneratórios e moratórios devem ser equivalente à média de mercado cobrada à época da contratação, a ilegalidade da cobrança da "tarifa financiada", por ser ônus que não pode ser repassado ao consumidor, a nulidade de fórmula de aplicação de encargos por lesão, a ilegalidade da tarifa de emissão de boleto bancário, alternativamente, aponta erro na cobrança pelo réu mesmo da taxa pactuada, requerendo a procedência da revisão do contrato.

O r. despacho de fls. 38, determinou ao autor:

> "Informe o patrono da parte autora, no prazo de 10 dias, se há, neste foro, outras ações relativas ao mesmo contrato. Havendo, deverá juntar, naquele mesmo prazo, cópia da inicial e despacho inicial positivo (que ordenou a citação), sob pena de indeferimento da inicial.
>
> A parte e seu procurador ficam advertidos que a alteração da verdade dos fatos será considerada ato atentatório à dignidade da justiça, deslealdade processual e má-fé, com possibilidade de imposição de multa e indenização por dano processual, inclusive ao patrono do polo ativo (art. 17, II, do Código de Processo Civil)." (...)

Em resposta, o apelante informou que "*jamais propôs demanda idêntica a presente contra o réu*" (sic. fls. 43).

Posteriormente, houve deferimento dos benefícios da justiça gratuita ao apelante e determinada a emenda da inicial:

> "Emende a parte autora a petição inicial, nos termos do art. 285- B, criado pela Lei n. 12.810, de 15 de maio de 2013, comprovando, inclusive o constante de seu parágrafo único, bem como deverá cumprir o disposto no artigo 283, do mesmo diploma legal, tudo no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento da inicial."

Acesso ao Sumário

A petição de fls. 54/56, indicou que:

"O cumprimento do ordenamento contido no artigo 285-B do CPC, se dá quando o autor quantifica os pedidos que são possíveis de serem quantificados, dependendo o restante dos pedidos de apuração por perícia técnico contábil (inicial requerida no tópico (item 13 C da exordial).

Muito embora conste a esquematização literal da fórmula de cálculo a que pretende o autor seja aplicada no contrato em comento, apresenta-se nesta oportunidade a fórmula matemática a que pretende ser aplicada (porque inexiste outra fórmula de cálculo contratada).

Valor financiado (item 1 - exordial = R$. 7.500,00) - R$. 334,92 (valor da parcela) + juros médios do mercado creditório (item 7 da exordial) = saldo devedor remanescente

VF - VP + JM = SDR

O cumprimento do ordenamento contido no artigo 283 do CPC se dá com a juntada do contrato (com a exordial) em comento na demanda.

Frise-se que o autor permanece com os pagamentos contratados em dia, realizando-os integral e diretamente ao réu."

Sobreveio a r. sentença que indeferiu a petição inicial, adotando os seguintes fundamentos:

"*(...) Intimado a emendar a inicial, para adequar o pedido ao determinado pelo artigo 285-B, do Código de Processo Civil e, ainda, juntar os documentos necessários à propositura da ação, a parte autora não atendeu ao despacho.*

(...) O artigo 285-B, do Código de Processo Civil, determina que nas ações que versem sobre obrigações decorrentes de contrato como o dos autos, a parte autora especifique as obrigações que pretende controverter, devendo, ainda, quantificar o valor incontroverso que deverá continuar sendo pago ao tempo e modo contratados.

Por outro lado, a apresentação do contrato discutido é imprescindível, de modo que sem ele, não é dado ao magistrado conhecer e analisar suas cláusulas.

A petição inicial é cansativa e confusa. Questiona as cláusulas contratuais, mas o faz de modo genérico; não individualiza aquilo que, realmente, pretende revisar. E dada a oportunidade à parte autora de sanar os vícios apontados, ela quedou-se inerte. Sendo assim, é de rigor o indeferimento da inicial." (fls. 57/58).

A r. sentença não comporta qualquer reparo.

Com efeito, é claro o disposto no artigo 285-B, do Código de Processo Civil, que:

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

> "Art. 285-B. Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá **discriminar na petição inicial**, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, **quantificando o valor incontroverso**.
>
> Parágrafo Único. O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados." (g.n.)

Da narrativa dos fatos deduzidos pelo autor na petição inicial, que se mostra totalmente genérica, não há, em momento algum, indicação do valor que seria incontroverso, ou seja, não o aponta em lugar algum. Não indica, efetivamente, as cláusulas que pretende revisar, limitando-se, genericamente, a apontar as supostas abusividades na cobrança dos juros, inclusive quanto à forma de cálculo, alegando a ilegalidade da incidência de juros capitalizados.

Desse modo, deixou mesmo o autor de atender à exigência do artigo 285-B, do Código de Processo Civil, tanto que afirmou estar impossibilitado de quantificar precisamente os valores que pretende, "*dependendo os pedidos de apuração por perícia técnica contábil*" (fls. 55).

Indicou, ainda, que o contrato foi juntado com a inicial, cumprindo o determinado no artigo 283. Porém, o documento a que se refere o autor, aquele de fls. 35, não se trata efetivamente do contrato, objeto da revisão, mas, sim de planilha demonstrativa dos valores e índices, que lhe foi enviada pelo banco, via postal, como se verifica em seu verso.

O cumprimento da deliberação era necessário nos exatos termos da referida norma, anotado que se o requerente não estava na posse de cópia integral do contrato objeto da demanda, deveria tê-lo postulado em ação cautelar de exibição de documentos, ou mesmo em pedido incidental, o que também não fez.

Já se decidiu nesta Corte que "*diante da impossibilidade de precisar dados básicos e essenciais à propositura da ação, a busca prévia de tais documentos embasaria maior especialidade e tecnicalidade da exordial*". (*TJSP, Apel. nº 0012577-60.2013.8.26.0032, Rel. Des. Ademir Benedito, 21ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 17.2.2014*).

Acesso ao Sumário

Verifica-se, por exemplo, alegar o requerente, de modo totalmente genérico, em sua inicial, a ausência de contratação de: juros capitalizados; a amortização anterior à atualização do débito, os encargos moratórios e remuneratórios devem recair sobre o débito com exclusão dos tributos, a taxa de juros remuneratórios e moratórios devem ser àquelas da taxa média mensal etc. Todas essas afirmações foram feitas, sem cópia integral do contrato, a fim possibilitar o exame de suas cláusulas. Além disso, nem pedido de sua exibição pelo réu foi formulado.

Ainda sobre a necessidade de cumprimento ao artigo 285-B, do Código

de Processo Civil, outros julgados desta Corte, incluindo desta Câmara:

"AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - ARTIGO 285-B, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - Dispositivo legal instituído com o escopo de evitar a proliferação de pedidos genéricos de revisão de contratos bancários, impondo ao autor o ônus de informar, desde logo, na exordial, e de forma expressa, quais são as obrigações controvertidas, e quais serão os valores que deverão continuar sendo normalmente quitados - Princípios da lealdade processual e da boa-fé - Necessidade da quantificação do montante incontroverso para permitir, ainda que de forma parcial, o cumprimento da avença pactuada - Para tanto, deve o interessado, mediante simples memória de cálculo, apresentar os valores que entende devidos, abatidas, por consequência, as quantias decorrentes das cláusulas objeto da discussão judicial - Recurso a que se nega provimento." (*TJSP, Agr.Reg. nº 0133244-74.2013.8.26.0000/5000, Rel, Des. Mauro Conti Machado, 38ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 11.9.2013*).

"RECURSO. Agravo de Instrumento. Ação revisional de contrato c.c. repetição do indébito. Insurgência contra o respeitável 'decisum' que indeferiu os benefícios da justiça gratuita e determinou a especificação detalhada das obrigações que o autor pretende converter, quantificando o valor incontroverso e comprovando o pagamento das parcelas com esse valor, nos termos do artigo 285-B do CPC, sob pena de indeferimento da inicial. Admissibilidade parcial. (...) Inobstante o autor tenha alegado que o contrato está em poder exclusivo do Banco, é certo que possui elementos suficientes para o cumprimento da exigência prevista no artigo 285-B do CPC, conforme se depreende da leitura da petição inicial. Recurso parcialmente provido." (*TJSP, AI nº 0149166-58.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira, 18ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 16.10.2013*).

"AÇÃO REVISIONAL - Indeferimento da petição inicial e extinção decretada, em razão da ausência do contrato discutido e de indicação expressa das cláusulas cuja revisão e declaração de nulidade se pretende - Hipótese em que a juntada do instrumento contratual se mostra indispensável, assim como a especificação das obrigações que se pretende controverter, devendo ser, ainda, mencionado o valor incontroverso - Extinção mantida - Recurso não provido." (*TJSP, Apel. nº 0159047-55.2010.8.26.0100, Rel. Des. Paulo Pastore Filho, 17ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 5.2.2014*).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4002724-90.2013.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante FLAVIO MUNIZ BRAOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.040)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Débito de parcelas de empréstimo realizado na conta corrente que o autor mantém no Banco do Brasil S/A. em que recebe seu salário. Pretensão que seja determinada a transferência da totalidade de seu salário para outra instituição financeira. Portabilidade salarial. Pretensão também à indenização por danos morais sofridos. INADMISSIBILIDADE: Uma vez celebrado um contrato, de forma livre, ele tem força obrigatória e deve ser cumprido. Foi requerida pelo autor somente a portabilidade de salário, sem qualquer menção à portabilidade de crédito. Existe débito pendente. A portabilidade é sempre possível, porém não pode servir de mecanismo para fugir do pagamento de débito existente. Não há que se falar em indenização por danos morais. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Flávio Muniz Braos contra a r. sentença de fls. 123/124, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer cumulada com indenização

por danos morais movida contra o Banco do Brasil S/A. A r. sentença condenou o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, observada a gratuidade concedida.

Sustenta o apelante que a portabilidade salarial decorre de lei e depende unicamente da vontade da parte interessada. Afirma que o apelado apropriou-se de montante ilegalmente descontado do apelante. Requer que se proceda à portabilidade salarial e indenização pelos danos morais sofridos (fls. 127/131).

O apelado apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 134/144).

O recurso foi distribuído por prevenção ao Agravo de Instrumento n° 2001266-03.2014.8.26.0000.

É o relatório.

O autor alega que é funcionário público estadual e formalizou contrato de abertura de conta corrente com o réu, na qual vinha recebendo seus proventos. Afirma que celebrou com o réu vários contratos de empréstimo pessoal, a maioria deles do tipo renegociação de débitos anteriores. O último contrato firmado é o de número 796744802 (BB Renovação - Consignação, no valor de R$ 33.492,27 a ser pago em 72 parcelas de R$ 874,80, vencendo-se a primeira em 5.9.2012).

Informa o autor que as parcelas referentes aos meses de setembro, outubro e novembro de 2012 vieram descontadas nas respectivas folhas de pagamento. Afirma que em dezembro de 2012, a parcela foi debitada em sua conta corrente. Em janeiro de 2013, novamente em *hollerith* e partir daí, passaram a ser debitadas parcelas na conta corrente nº 462898-5 da agência 6605-2.

Afirma que depois de muitos problemas referentes a débitos, que considera indevidos, decidiu fazer a portabilidade de seus vencimentos para Banco Bradesco S/A em 9.9.2013, conforme documento de fls. 26.

Informa que por diversas vezes o banco réu reteve a totalidade dos seus vencimentos e que forçou o autor a contrair empréstimos muito acima do limite legalmente aceito, ou seja, 30% do salário líquido, apenas para fazer frente a débitos com o próprio banco, em sucessivas renegociações, mesmo possuindo todos os instrumentos para verificar qual era o comprometimento do salário do autor.

Requereu a antecipação da tutela para que fosse determinada a imediata portabilidade da integralidade de suas verbas salariais para o Banco Bradesco S/A.

A antecipação da tutela foi indeferida e o indeferimento confirmado pelo julgamento do Agravo de Instrumento nº 2001266-03.2014.8.26.0000.

A ação foi julgada improcedente.

Não prospera o inconformismo do recorrente. A r. sentença deu correto

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

desfecho à lide. Em razão disso, adota-se a fundamentação nela contida como razão de decidir do presente recurso, com fulcro no artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

Cabe, contudo, acrescentar aos fundamentos do "decisum" algumas considerações.

É incontroverso que o autor mantinha conta corrente no banco réu, em que recebia seu salário e que requereu a portabilidade para outra instituição financeira (fls. 26). É incontroverso também que o autor tinha débitos financeiros pendentes no banco réu e que as parcelas do empréstimo eram debitadas nessa conta corrente do autor.

Segundo informações sobre portabilidade do Banco Central do Brasil, encontradas no site (endereço eletrônico constante no texto original).

"***Os clientes bancários têm direito de transferir gratuitamente suas dívidas de um banco para o outro. Na prática, a portabilidade funciona como se o cliente tivesse contratado um novo empréstimo em outro banco e, com esses recursos, quitado antecipadamente a dívida no banco de origem. A diferença é que, com a portabilidade do crédito, não há pagamento de impostos, desde que o novo empréstimo não supere o valor da dívida original no banco de origem. (...) Uma vez informado da operação de portabilidade, o banco é obrigado a informar o saldo devedor e aceitar a liquidação por meio de transferência de recursos pelo novo banco emprestador***".

Isso mostra que se existe a portabilidade de conta corrente, também existe a portabilidade de dívidas que um correntista tem de um banco para outro. A portabilidade de conta está atrelada à portabilidade de créditos.

Não há nos autos qualquer informação a respeito da liquidação da dívida existente em nome do autor no banco réu. O autor apenas pede que seja feita a portabilidade das verbas salariais em sua integralidade, sem quitar as dívidas e mesmo sem se valer também da portabilidade dessas dívidas.

Como bem ficou ressaltado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2001266-03.2014.8.26.0000, uma vez celebrado um contrato, de forma livre, ele tem força obrigatória e deve ser cumprido. A sua revisão, buscando o equilíbrio contratual, é sempre possível. A portabilidade não pode servir de mecanismo para fugir do pagamento de dívida existente com débito das parcelas na conta corrente em questão.

Acesso ao Sumário

Também não há que se falar em indenização por danos morais porque os débitos efetuados na conta corrente do autor estão previstos no contrato do empréstimo firmado entre as partes, como o próprio autor demonstra em sua petição inicial (quadro explicativo referente ao contrato nº 796744805).

Assim sendo, a r. sentença recorrida merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0151232-70.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GALENO DE ALMEIDA OPEN VIEW, é apelado MARCO ANTÔNIO DELLA BRIDA.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20520)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e SOARES LEVADA.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: DESPESAS CONDOMINIAIS - AÇÃO DE COBRANÇA - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS - ADQUIRENTE NÃO IMITIDO NA POSSE - COBRANÇA INDEVIDA - SENTENÇA MANTIDA.

Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 119/125, com preparo às fls. 126 e 129), interposta contra a r. sentença de fls. 115/117, cujo relatório se adota, proferida pelo MM. Juiz de Direito José da Ponte Neto que julgou improcedente ação de cobrança e julgou extinto o processo, nos termos do art. 269, I, do CPC, e condenou o autor no pagamento das verbas de sucumbência e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC, atualizados até o efetivo pagamento.

Alega o autor-apelante, em síntese, que, sendo o apelado o proprietário

do imóvel, deve ele responder pelas despesas condominiais, ainda que não tenha recebido as chaves do imóvel em razão de supostos problemas com a construtora, aplicando-se ao caso o art. 1417 do Código Civil. Requer o provimento do recurso.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls. 133).

Contrarrazões do réu às fls. 134/143.

É o relatório.

O recurso é tempestivo (fls. 118 e 119) e foi regularmente processado.

Não obstante o caráter "propter rem" das obrigações condominiais, que impõe ao titular do domínio, a princípio, a responsabilidade pelos encargos condominiais, frise-se que, conforme interpretação teleológica dos artigos 4º, § único, 9º e 12 da Lei nº 4.591/64, é possível exigir o pagamento das despesas condominiais de qualquer titular de direitos pertinentes à aquisição da unidade imobiliária.

Assim, o proprietário ou compromissário comprador do imóvel, em tese, são partes legítimas para figurar no polo passivo da ação de cobrança de despesas de condomínio.

Porém, dependendo das circunstâncias de cada caso, perfilho o entendimento de que a responsabilidade pelo pagamento das cotas condominiais é daquele que tem a posse do imóvel e se beneficia dos serviços prestados pelo condomínio, ainda que o título não esteja registrado no Cartório de Registro de Imóveis, a fim de se caracterizar o domínio.

Ocorre que a presente hipótese é singular. Analisando-se os autos, constata-se que a unidade geradora das despesas processuais foi compromissada ao réu (fls. 07/25), contudo, a posse do bem não lhe foi transmitida, conforme afirmado na contestação (fls. 86) e comprovado pelos documentos de fls. 98/104, não havendo nos autos prova em sentido contrário.

Deste modo, é fato incontroverso que o réu não foi imitido na posse do imóvel, e é justamente a posse direta do imóvel que torna o titular do domínio ou o possuidor do imóvel responsável pelas despesas de condomínio, das quais usufrui. O fato gerador da obrigação é a utilização dos serviços e fruição das coisas comuns.

Neste sentido é a jurisprudência desta Egrégia Corte:

Acesso ao Sumário

"CONDOMÍNIO. COBRANÇA. LITÍGIO ENTRE CONSTRUTORA E ADQUIRENTES. AUSÊNCIA DE ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL. PROPRIETÁRIOS QUE NÃO DETÊM A POSSE DO IMÓVEL. ILEGITIMIDADE PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO PROVIDO.

No presente caso, a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais não pode ser carreada aos proprietários,

pois a obrigação do adquirente nasce desde o dia em que recebe ou seja colocada à sua disposição a posse direta do imóvel, já que a responsabilidade de custear as despesas de manutenção decorre da possibilidade de utilização do imóvel o que não se verifica na presente hipótese."[1]

"Despesas de condomínio - Cobrança - Obrigação "propter rem" - Compromissário comprador que firmou instrumento particular com a proprietária sem ter recebido as chaves do imóvel - Inadmissibilidade da cobrança - Embora o compromissário comprador tenha legitimidade para responder pelas despesas condominiais, não responderá por elas se demonstrar, como no caso, que não houve imissão na posse e que está pedindo, em juízo, a rescisão do contrato firmado Nenhum serviço foi prestado ao compromissário pelo condomínio, nada havendo a ser cobrado. Condenação do Condomínio em custas e honorários, afastando-se pedido contraposto para condenação em despesas com advogado - Recurso parcialmente provido, v.u."[2]

Nesse sentido, em tema semelhante, o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMÍNIO. COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA.

Somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais, ainda que não tenha havido o registro do contrato de promessa de compra e venda. Sem que tenha ocorrido essa demonstração, não há como se reconhecer a ilegitimidade da pessoa em nome de quem a unidade autônoma esteja registrada no livro imobiliário. Recurso não conhecido."[3]

"Assim sendo, somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais."[4]

Dessa forma, a prova da ocupação do imóvel, para que valha o compromisso de compra e venda não registrado, é imprescindível como condição para a

1 Ap. s/Rev. nº 1.127.466-0/8, 31ª Câm., Rel. Des. ADILSON DE ARAÚJO, j. 07/10/2008.

2 Ap. nº 1.168.263-00/1, TJ/SP - 35ª Câm., Rel. Des. MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, j. 15/09/2008.

3 REsp nº 212799/SP, Rel. Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/10/1999, DJ 13/12/1999, p. 154.

4 RESP nº 660229/SP, 4ª Turma - Relator Ministro César Asfor Rocha, j. 21/10/2004, DJU 14.03.2005, p. 378.

Acesso ao Sumário

fruição dos serviços que o condomínio requer, e consequente responsabilização pelo pagamento desses serviços, pelo que inaplicável à hipótese dos autos o artigo 1417 do Código Civil.

Em assim sendo, não demonstrada a imissão na posse do imóvel, passando a dele usufruir, na qualidade de condômino, induvidosa a ilegitimidade passiva do apelado para responder pelo débito condominial em atraso.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021044-58.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante CYNTHIA MARIA SANTAELLA NAEF, é apelado MARIA ROSA DOS SANTOS CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.205)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARIA LÚCIA PIZZOTTI.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Acidente de trânsito - Atropelamento - Ação de reparação de danos materiais e morais - Sentença de procedência - Manutenção do julgado - Necessidade - Manobra em marcha à ré - Presunção de culpa da condutora do veículo motorizado não elidida - Dever de preservar a incolumidade do pedestre - Danos materiais comprovados - Danos morais - Indenização - Correto arbitramento, considerando-se o grau de culpa, as lesões provocadas e as condições socioeconômicas das partes - Decaimento integral da ré, havendo que suportar os ônus da sucumbência. Apelo da ré desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso de apelação interposto em ação de indenização por danos materiais e morais fundada em acidente de trânsito consistente em atropelamento, proposta por Maria Rosa dos Santos Carvalho em face de Cynthia Maria Santaella Naef, onde proferida sentença que julgou procedente a pretensão deduzida para condenar a ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais no valor de R$ 1.892,97, acrescido de correção monetária desde a data do desembolso, bem como no pagamento de indenização por prejuízos morais no importe de R$ 5.000,00, acrescido de correção monetária a partir do arbitramento, incidindo em ambos juros de mora desde a data do evento (16.09.2010). Sucumbente, ficou a ré condenada no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação - fls. 123/129.

Aduz a ré, com arguição preliminar de cerceamento de defesa, que a sentença merece integral reforma sob alegação, em apertada síntese, de que a culpa pelo acidente foi exclusiva da autora, a qual foi atingida enquanto atravessava a via pública em local impróprio. Impugna a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e, por fim, sustenta que o decaimento foi recíproco, havendo que ser rateadas as verbas sucumbenciais - fls. 137/145.

Contrarrazões às fls. 150/153, ao que vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Demanda ajuizada sob alegação de que no dia 16.09.2010, no horário noturno, a autora caminhava pela calçada da Av. Floriano Peixoto, cidade de Santos, quando foi atropelada por veículo dirigido pela ré, que estava estacionado e, sem adotar a devida cautela, iniciou manobra em marcha à ré para sair de uma drogaria.

Em razão do embate, a autora referiu que sofreu ruptura de ligamento de joelho e lesão no tornozelo, ambas na perna esquerda.

Pleiteou indenização por danos materiais no importe de R$ 1.892,97, além de danos morais estimados em R$ 75.000,00.

Ao contestar o feito, como agora faz, a requerida arguiu que o acidente ocorreu por culpa da vítima, que procedia à travessia da via pública em local impróprio.

Por primeiro, não vinga a arguição ligada à ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto a lide, da forma como as partes se posicionaram, permitia o desfecho antecipado sem qualquer ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A impugnante sequer especificou qual seria a prova oral que pretendia produzir, certo que em sua contestação não apontou a existência de testemunhas

Acesso ao Sumário

presenciais do fato, que poderiam corroborar a sua versão.

"O julgamento antecipado da lide, quando a questão proposta é exclusivamente de direito, não viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório." **(STF - 2ª Turma, Ag. nº 137.180-4-MA - Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 5.6.95, negaram provimento, v.u., DJU 15.9.95, p. 29.512)**

De outro plano, a culpa pelo acidente restou bem reconhecida no bojo da r. sentença combatida.

Conforme se observa pelas fotografias de fls. 103/105, trata-se de via pública com intenso movimento de pessoas, o que evidencia a falta de cautela da motorista, ora ré, que deveria ter redobrado a atenção a fim de que lograsse manobrar o veículo em marcha a ré com segurança, até porque é obrigada a ter domínio de seu conduzido a todo momento, dirigindo com cuidado e atenção indispensáveis à segurança do trânsito (art. 28, do Código de Trânsito Brasileiro).

Considerados o alto risco e perigo que envolvem a manobra em marcha à ré, pode-se presumir a culpa da motorista que a empreende, em caso de acidente de trânsito, situação que determina a inversão do ônus da prova, passando a competir à ré elidir a presunção de culpa através de prova eficiente, sob pena de responder pelos danos causados.

Incumbia à causadora do acidente, portanto, ter adotado todas as cautelas necessárias para a realização da manobra, de maneira a evitar o embate.

Nesse sentido:

"***RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE VEÍCULO - ATROPELAMENTO CAUSADO POR VEÍCULO EM MARCHA A RÉ - MANOBRA EXCEPCIONAL E PERIGOSA - PRESUNÇÃO DE CULPA DAQUELE QUE DIRIGE EM RÉ - AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A TRAVESSIA DO PEDESTRE ESTIVESSE SENDO REALIZADA IMPRUDENTEMENTE - CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO CARACTERIZADA - LESÃO FÍSICA - DANOS MATERIAIS - REPARAÇÃO DEVIDA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM 20 SALÁRIOS MÍNIMOS - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA. - Recurso de apelação provido."*** **(TJSP, Apelação nº 9239181-90.2008.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. EDGARD ROSA, j. 09.05.2012)**

Quanto aos prejuízos morais, considerando-se a extensão e gravidade das lesões, as condições pessoais das partes, o grau de culpa e da finalidade da indenização, o *quantum* indenizatório restou corretamente fixado, sem importar injusto enriquecimento à autora.

Por fim, impende registrar que, conquanto a indenização pelos danos morais tenha sido fixada em importe inferior ao pleiteado, não há que se falar

Acesso ao Sumário

em sucumbência recíproca, na esteira do entendimento contido na Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003444-09.2012.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODRIGO TADEU FERNANDES SANTOS, é apelado METRÔ - COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13224)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2015.

MAURY BOTTESINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Indenizatória - Danos morais - Queda do autor ocasionada pelo desligamento repentino da escada rolante do Metrô - Escoriações leves na canela e joelho esquerdo do autor - Apelante que carregava consigo malas de viagem, comprometendo a sua segurança durante o uso da escada - Dano moral não configurado - Sentença confirmada - RITJSP, art. 252 - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

É ação que RODRIGO TADEU FERNANDES DOS SANTOS move contra COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ, pretendendo reparação dos danos morais no valor de 50 salários mínimos decorrentes de queda sofrida em escada rolante dentro de estação do Metrô, ocasionando cortes e hematomas na perna esquerda do autor, fls. 02/25. A sentença julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 269, I do CPC, fls. 136/140. Sucumbência, honorários arbitrados em R$ 800,00. Apela o autor, fls. 153/169. Alega cerceamento de defesa e existência de dano moral a ser

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

indenizado, terminando com pedido de reforma. Bem processado e respondido, fls. 201/212.

É o relatório.

1. A alegação de cerceamento de defesa é afastada porque a prova fundamental é documental e a controvérsia é matéria de Direito, que dispensa a dilação probatória. Sendo o juiz o destinatário das provas, ao verificar ser suficiente a prova trazida aos autos, toca proferir o julgamento no estado.

2. No mais, é irretocável a sentença recorrida lavrada nos seguintes termos: "**(...)** ***O autor aduziu ter caído de uma escada rolante da ré, após sua parada repentina. Mencionou que sofreu lesões em sua perna esquerda e que os funcionários do Metrô, depois de muito tempo, é que vieram a socorrê-lo. (…) convém salientar que, embora sendo a escada rolante um instrumento de transporte localizado, não deve ser equiparado a outros meios de locomoção, tais como trens e ônibus. Neste passo, não se afigura adequado reconhecer que teria havido entre as partes uma relação contratual de transporte, como aventado na contestação. Logo, faz-se incabível cogitar-se de cláusula de incolumidade na hipótese em apreço. No mérito, a pretensão do demandante não encontra guarida. Incurial adentrar na questão atinente à responsabilidade, se de natureza objetiva ou subjetiva. E assim o é porquanto o ato provocador do resultado danoso não deve ser imputado à requerida. É cediço entre as pessoas que circulam pelas estações metroviárias e em estabelecimentos comerciais, tais como shoppings centers, que as escadas rolantes muitas vezes param de funcionar sem prévio aviso. Por vezes, se tem notado, e a própria máxima de experiência corrobora isso, a paralisação repentina e desavisada do referido equipamento. No entanto, não há como atribuir ao Metrô a culpa pelo acidente sofrido pelo autor, quando é certo que cabia a este último se segurar adequadamente nos corrimões da escada rolante. Como já dito, o desligamento da escada é fato muito corriqueiro e plenamente previsível. Sabendo disso o autor, não podia jamais ter se descuidado no instante em que era conduzido, ainda mais no dia dos fatos, que, conforme se nota do boletim de fl. 23, carregava consigo malas de viagem. É óbvio que com o carregamento revelado, restaria comprometida a sua segurança naquele local. Portanto, o que se depreende de plano é que a simples parada da escada provocada pela ré não poderia constituir, por si só, o ato causador da lesão apontada na inicial. Assim, não há como admitir o nexo causal entre a conduta do Metrô e o resultado danoso. Como se não bastasse isso, ainda que se pudesse estabelecer uma relação entre o comportamento da ré e os danos alegados, seria de todo desarrazoado reconhecer o prejuízo extrapatrimonial. O convívio em sociedade cobra seu preço, de sorte que seria impossível sua concepção sem um mínimo tolerável de transtornos causados reciprocamente entre as pessoas que a compõem. Denota-se pelo boletim de ocorrência e ficha de atendimento***

Acesso ao Sumário

hospitalar, juntados a fls. 23/25, que houve apenas uma queda leve do autor, com escoriações em sua canela e joelho esquerdo. Foi ele encaminhado a um hospital e recebeu atendimento médico. O autor não informou em sua inicial, nem trouxe documentos no sentido de que teria permanecido em tratamento mais delongado, com sujeição a procedimentos clínicos e novos tratamentos. Não declinou outros efeitos oriundos do tombo havido nas dependências do Metrô. Não revelou quaisquer outras complicações de saúde ou repercussões em seu ritmo do dia a dia. Embora lamentável o evento narrado, é certo que os aborrecimentos existiram, mas não ultrapassaram a barreira do que se pode reputar como extraordinário. Pelo panorama formado nestes autos, de antemão é possível dizer que a desolação passada pelo autor não perdurou em seu espírito a ponto de lhe ocasionar sério desiquilíbrio em sua composição psicológica. O reconhecimento do dano moral em um caso como este levaria este Juízo a repensar sobre a possibilidade de se responsabilizar, por exemplo, alguém que efetuou um simples esbarrão em outrem, provocando-lhe uma singela queda, ou aquele que, por distração, deixasse de cumprimentar um conhecido, causando-lhe algum vexame. Destarte, sob qualquer ângulo que se analise a questão, tem-se que não há como atribuir à ré a responsabilidade pela queda reclamada na inicial. **(...)**", f. 136/140.

3. Cabe acrescentar que em todas as estações do metropolitano da cidade de São Paulo, sem exceção, há diversos meios de locomoção interna dos passageiros. Os elevadores, para aqueles que têm dificuldades para a utilização de escadas, rolantes ou fixas, as rampas para os passageiros que transportam bagagem pesadas ou equipamentos auxiliares de locomoção pessoal, como muletas, bengalas, cadeiras de roda, e funcionários da concessionária disponíveis para auxiliar passageiros com quaisquer dificuldades que não possam ser resolvidas pelos recursos disponibilizados permanentemente.

Transportar malas volumosas ou pesadas pelas escadas rolantes é aceitar o risco de acidentar-se, ocorra ou não uma previsível interrupção do movimento, anotando que não se pode trafegar em escadas rolantes sem segurar-se no corrimão.

A sentença recorrida é confirmada e seus termos são havidos por integrantes do Acórdão, a teor do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O voto **NEGA PROVIMENTO** ao recurso e mantém a sentença proferida pelo juiz Anderson Antonucci.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005570-29.2014.8.26.0011, da Comarca São Paulo, em que é apelante BÁRBARA NASCIMENTO AYROSA SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VRG LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.047)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente sem voto), SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Transporte aéreo internacional. Relação que envolve as partes é de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Viagem de lua de mel. Atraso de mais de 24 horas no retorno ao Brasil gerado por problemas técnicos com a aeronave. Caso fortuito interno (inerente à atividade de transporte). Ausência de causas excludentes da responsabilidade objetiva do transportador. Pernoite em aeroporto da Venezuela sem qualquer assistência por parte da Ré. Falha na prestação do serviço configurada. Dano moral que se verifica "in re ipsa". Sentença de procedência mantida. Dano material comprovado, cujo ressarcimento permanece na forma estabelecida. Dano moral arbitrado em R$ 5.000,00. Descaso da Ré. Angústia e abalo psíquico experimentado pela Autora. Infecção alimentar contraída pela ingestão de alimentos no aeroporto de Caracas, cujas condições descritas eram precárias. Majoração admitida para R$ 15.000,00. Juros de mora que incidem a partir da citação (artigo 405 do Código Civil). Manutenção da verba honorária fixada no patamar de 10%. Recurso da Autora provido em parte, não provido o da Ré.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais julgada procedente pela r. sentença de págs. 214/218, cujo relatório adoto, para condenar a Ré a pagar à Autora a importância de R$ 1.160,10 a título de reparação dos danos materiais, com correção monetária pela Tabela Prática desta Corte e juros de mora de 1%, desde a data do desembolso (setembro/2013), além dos danos morais arbitrados em R$ 5.000,00, corrigidos monetariamente pelo mesmo índice a partir da sentença e juros moratórios de 1%, desde setembro de 2013 (súmula nº 54 do STJ). Condenou ainda a Ré ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor total da condenação.

Apelam as partes.

A Autora sustenta que o valor da condenação relativa aos danos morais é insuficiente para compensar os danos sofridos, de modo que requer sejam elevados à quantia equivalente a oitenta salários mínimos, ou, no mínimo, cinquenta. Por fim, pede a majoração da verba honorária, eis que o percentual de 10% sobre o montante da condenação perfaz o valor aproximado de R$ 500,00, quantia que reputa irrisória, incapaz de remunerar condignamente o advogado.

A Ré com alegação, em síntese, que a alteração/cancelamento do voo, longe de derivar de qualquer conduta desidiosa ou irregular da companhia, na verdade teve como causa fato alheio à sua vontade, consubstanciado em problema técnico apresentado pela aeronave, que necessitou de reparos para garantir a segurança dos passageiros. Assevera que não pode ser responsabilizada por qualquer ônus reparatório, por se tratar de causa excludente de responsabilidade, nos termos dos artigos 393 e 741 do Código Civil. Sustenta que os fatos reportados constituem mero dissabor, aborrecimento ou irritação, portanto, ante a ausência de comprovação dos danos que alega a Autora ter sofrido, inexiste dano moral passível de indenização. Caso mantida a condenação por danos morais, requer a redução do *quantum* arbitrado em atendimento aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, nos termos dos arts. 402 e 403 do Código Civil, sob pena de configurar o enriquecimento sem causa da Autora. Quanto aos danos materiais, alega que estes não podem ser presumidos e ressalta que a Autora não logrou êxito em comprovar ter suportado qualquer prejuízo de ordem patrimonial, além do que, ausente o nexo causal entre a conduta dela, Ré, e os supostos danos alegados e, portanto, indevida a condenação pelos danos materiais no importe de U$ 452,00, em razão de ter sido a Autora impedida pelas autoridades da Venezuela de embarcar com os produtos adquiridos no "duty free". Por fim, tocante à atualização do valor do dano moral, defende que a correção monetária e os juros moratórios devem incidir apenas a partir da data da sentença ou, ainda, que sejam os juros de mora contados da citação.

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Os recursos foram recebidos e processados em ambos os efeitos (pág. 261). Preparos às págs. 238/240 e 260. Contrarrazões da Autora às págs. 264/273 e da Ré às págs. 274/282.

Anoto interposição de agravo de instrumento pela Autora, julgado por esta Câmara, ao qual foi dado provimento nos termos do v. acordão de págs. 115/119, de relatoria do ilustre Desembargador Afonso Braz, que admitiu adequado o valor atribuído à causa (R$ 10.000,00), ante a ausência de estimativa do valor do dano moral pretendido.

É o relatório.

A r. sentença de págs. 214/218 comporta pequeno reparo, respeitado o convencimento de seu nobre prolator.

Narra a Autora que adquiriu bilhetes aéreos de ida e volta junto à Ré, para viagem de lua de mel programada com bastante antecedência, com destino à Punta Cana.

Relata que embarcaram com certo receio, uma vez que, dias antes do casamento, seu sogro descobriu que sofria de doença gravíssima (págs. 73/75), contudo mantiveram a programação.

A viagem de ida transcorreu dentro na normalidade, inclusive sem necessidade de ingresso na Venezuela, pois a aeronave permaneceu naquele país apenas cinquenta minutos antes de sua partida ao destino final (Punta Cana).

Reporta que o problema ocorreu na viagem de retorno ao Brasil, com chegada programada para o dia 24.09.2013, às 5hs40min. Iniciou-se com o atraso de três horas na saída de Punta Cana, sem que tenha sido prestada nenhuma informação pela Ré aos passageiros, que permaneceram durante todo o tempo na sala de embarque, sem qualquer assistência por parte da companhia aérea.

Após o longo atraso, a aeronave partiu de Punta Cana e pousou em Caracas. Ressalta a Autora que, durante o voo, a Ré serviu apenas um copo de água.

Na chegada ao aeroporto de Caracas, os passageiros permaneceram por mais de três horas no interior da aeronave, sem qualquer justificativa por parte da equipe de bordo da Ré, situação que causou extremo desconforto, ante o calor excessivo suportado, pois o ar condicionado estava inoperante. A espera angustiante terminou após o comandante anunciar que todos os passageiros deveriam desembarcar em Caracas, sem maiores explicações.

A Autora relata que já era madrugada quando desembarcou no aeroporto de Caracas e descreve a verdadeira saga que enfrentou no local. A Ré não disponibilizou refeição aos passageiros, que já estavam horas sem se alimentar, as condições de higiene e segurança do aeroporto eram precárias, os estabelecimentos não aceitavam cartões internacionais e ninguém possuía

Acesso ao Sumário

moeda local. Além da necessidade de providenciar dinheiro para pagar os tributos para ingresso no país (BBs 226,00), a Autora ingeriu alimentos que lhe causaram vômitos e diarreia aguda, sintomas da grave infecção alimentar a que foi acometida, fato comprovado pelo prontuário de atendimento do pronto socorro do Hospital Albert Einstein e atestado médico acostados às págs. 71/72.

A Autora e outros passageiros tiverem que passar a madrugada no aeroporto, pois a acomodação em hotel não foi providenciada pela Ré, sob o argumento de estavam superlotados, fato contestado pela Autora, pois os passageiros que estavam com crianças e foram acomodados em hotel disseram que o mesmo possuía quartos disponíveis.

Pela manhã do dia 24.09.2013, funcionários da Ré informaram que os passageiros seriam alocados no voo 9060, com partida ao Brasil às 17h30min.

Ao comparecer ao "check-in", próximo ao horário programado para partida do voo, a Autora se deparou com uma enorme fila de pessoas, ocasionada pela falha nos computadores da Ré, em razão do que o "check-in" foi realizado manualmente e o voo sofreu três horas e meia de atraso e só decolou de Caracas às 21horas, com chegada ao aeroporto de Guarulhos às 4hs30min do dia 25.09.2013.

Além de todo o relato, a Autora afirma que todas as mercadorias adquiridas no "duty free" de Punta Cana foram apreendidas, pois já havia despachado as malas no "check-in" e as autoridades da Venezuela vedaram seu embarque com os referidos produtos, cuja nota fiscal no valor de U$ 452,00 encontra-se à pág. 68.

Todos os fatos narrados pela Autora restaram comprovados por meio das fotos (págs. 42/50), abaixo assinado elaborado pelos passageiros (pág. 65) e comprovantes dos prejuízos materiais alegados (págs. 68/70).

Em razão da infecção contraída, conforme já relatado, a Autora, que exerce a profissão de psicóloga, perdeu dois dias de trabalho.

A Ré se limitou a afirmar que o atraso de 24horas na chegada ocorreu em razão de problemas técnicos apresentados pela aeronave que necessitou passar por manutenção. Alega que não pode ser responsabilizada por fato fortuito ou de força maior, mas sem razão.

Aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica que envolve as partes. Prescreve o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: "*Consumidor é toda* <u>*pessoa*</u> *física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final*" (grifos nossos). Dispõe o art. 3º desse estatuto legal: "<u>*Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada*</u>*, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados,* <u>*que desenvolvem atividades de*</u> *produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização*

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

de produtos ou prestação de serviços" (grifos nossos). Complementa o § 2º desse art. 3º: "*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*" (grifos nossos).

É sabido que a responsabilidade da prestadora do serviço é objetiva, nos termos do artigo 14, *caput*, do CDC e sua condenação pode ser afastada mediante prova de que "*o defeito inexiste*" (CDC, art. 14, § 3º, I), ou seja, de que o serviço foi prestado adequadamente, ou que teria ocorrido culpa exclusiva do consumidor. A regra do § 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que "*o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar*" que o defeito inexiste, ou mesmo culpa exclusiva do consumidor. Não se trata de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII), mas do próprio ônus probatório pertencente ao fornecedor de serviços para afastar a sua responsabilidade.

Além desse aspecto, também não se poderia falar de força maior como excludente de responsabilidade na hipótese. Na definição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "*resulta a força maior de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente, como o granizo, o raio e a inundação*". Para sua configuração, contudo, "*exigem-se os seguintes elementos: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor...; b) o fato deve ser superveniente e inevitável...; c) finalmente, o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano*" (Curso de Direito Civil, 4º vol., Direito das Obrigações, 1ª parte, 17ª ed., Saraiva, págs.331 e 332).

A manutenção adequada e preventiva da aeronave era atribuição exclusiva da Ré e se não a providenciou é ela quem deve suportar os danos decorrentes da inobservância de ato apenas a ela atribuível, como risco inerente à atividade econômica por ela desenvolvida. A esse respeito, podemos colacionar:

> "*O Código Civil Brasileiro, acolhendo a teoria do risco, no seu art. 927, parágrafo único, estabeleceu: 'Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'.*
>
> *Ademais, não importa o fato de ter agido de boa-fé, o desenvolvimento da sua atividade criou o risco de prejudicar terceiro.*
>
> *Lembra CARLOS ROBERTO GONÇALVES que 'a responsabilidade objetiva funda-se, efetivamente, num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (Ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda). Quem aufere os cômodos (lucros)*

Acesso ao Sumário

deve suportar os incômodos (riscos)' (Comentários ao Código Civil, vol. 11, ed. Saraiva, 2003, p. 314).

O conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social, de acordo com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, 'é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da idéia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer dano' (Responsabilidade Civil, 8ª ed., Forense, p. 270)" (TJSP, Apelação com Revisão nº 0000227-02.2011.8.26.0326, relator CARLOS ALBERTO GARBI, julgado em 08.11.11).

A ocorrência de problemas técnicos é fato previsível, intrínseco aos próprios riscos da atividade desenvolvida (transporte aéreo) e configura-se apenas como caso fortuito interno, mas não se enquadra nas hipóteses de caso fortuito (externo) ensejador da exclusão da responsabilidade objetiva da transportadora.

Nesse sentido, subsiste a orientação da E. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça: "*a ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior, de modo que cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de vôo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores*" (Ag. Reg. no Agravo n. 442.487-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.10.2006).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim decidiu em casos análogos:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. PROBLEMAS TÉCNICOS. FORTUITO INTERNO. RISCO DA ATIVIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MODERAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ.*

1. A ocorrência de problemas técnicos não é considerada hipótese de caso fortuito ou de força maior, mas sim fato inerente aos próprios riscos da atividade empresarial de transporte aéreo (fortuito interno), não sendo possível, pois, afastar a responsabilidade da empresa de aviação e, consequentemente, o dever de indenizar.

2. É inviável, por força do óbice previsto na Súmula n. 7 do STJ, a revisão do quantum indenizatório em sede de recurso especial, exceto nas

hipóteses em que o valor fixado seja irrisório ou exorbitante.

3. Agravo regimental desprovido por novos fundamentos” (AgRg no Ag nº1310356/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 04/05/2011);

Em resumo, não configuradas as hipóteses excludentes de responsabilidade, quais sejam, a ocorrência de caso fortuito externo (fato estranho à atividade desempenhada) ou força maior, diante da responsabilidade objetiva da companhia aérea impõe-se o dever de indenizar.

Afastada a excludente de responsabilidade, a Ré ainda sustenta que não restaram comprovados os danos alegados pela Autora. Informa ainda, que o cônjuge da Autora ingressou com ação idêntica em nome próprio (processo nº 1003762-86.2014.8.26.0011), circunstância que espera ser considerada para sopesar o arbitramento do suposto dano moral. No entanto, como acima já enunciado, os danos materiais foram comprovados, enquanto os morais encontram-se bem caracterizados, o que foi bem enunciado na r. sentença:

“*Apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção de Montreal, que atualizou e consolidou as regras do ‘Sistema de Varsóvia’, e recebê-la em seu ordenamento jurídico com status de lei ordinária, prevalece o mesmo entendimento de que tal legislação não se sobrepõe ao Código de Defesa do Consumidor e, assim, não se aplica a aludida Convenção no que tange à indenização decorrente de extravio de bagagem em voos internacionais, bem como, no que concerne à responsabilidade civil do transportador aéreo pelo atraso do vôo, salvo se mais benéfica ao consumidor’ (Apelação nº 0050984-05.2011.8.26.0001, 13ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. em 19/12/2013). (realcei). Problemas mecânicos havidos com a aeronave (fls. 137), em contrato de transporte, longe ficam de qualificar caso fortuito ou força maior, sob pena de transferir-se ao consumidor o risco da atividade empresarial. Cuida-se, com efeito, do denominado fortuito interno, que não se presta a isentar o fornecedor de responsabilidade (nesse sentido: Apelação nº 9094029-74.2009.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. José Marcos Marrone, j. em 23/10/2013). Demais disso, ainda que o caso se sujeitasse à Convenção de Montreal, a excludente não isentaria o fornecedor de prestar assistência apta a mitigar os danos sofridos pelos seus passageiros, como dispõe o art. 19 daquele diploma legal. E a demandada não comprovou ter prestado a esperada assistência a seus passageiros. Pelo contrário. O relato da autora, respaldado pela prova documental e não impugnado especificamente pela ré demonstra a precariedade da atuação da ré que: (i) não forneceu adequada alimentação a seus passageiros (seja na própria aeronave, seja através de voucher ou outro meio idôneo); (ii) não*

prestou a adequada informação a seus clientes; e (iii) não disponibilizou acomodações adequadas à autora em Caracas. Está caracterizada, pois, a inadequação dos serviços prestados. Inadequação que acarretou as conseqüências que se vem delinear, isto é, a longa espera da autora em instalação precária até novo embarque, sem fornecimento de alimentos, além dos prejuízos materiais por ela comprovados" (pág. 216).

Quanto ao dano moral, SÉRGIO CAVALIERI FILHO ("Programa de Responsabilidade Civil", Malheiros, 2ª ed., n.19.4) ensina que "*só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade de nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos*".

Não se pode dizer que os fatos articulados na inicial se caracterizam como mero dissabor ou aborrecimento da vida cotidiana. Mais que isso, a situação a que foi submetida a Autora até o retorno tardio ao Brasil, causada pela conduta desidiosa da Ré, é apta a caracterizar abalo moral capaz de gerar o dever de indenizar.

As condições precárias das instalações do aeroporto, a falta de fornecimento de alimentação e hospedagem, a exposição de risco à saúde e à integridade física, todas essas circunstâncias deve ser sopesadas para se avaliar o valor do dano moral, sem falar que tudo ocorreu em viagem de lua de mel, que representa marco importante na vida de uma pessoa.

Caracterizado o dano moral deve ele ser fixado mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade, observadas a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa. Referida indenização pretende compensar a dor do lesado e constitui um exemplo didático para a sociedade de que o Direito repugna a conduta violadora, porque é incumbência do Estado defender e resguardar a dignidade humana. Ao mesmo tempo, objetiva sancionar o lesante, inibindo-o em relação a novas condutas, e por isso, deve corresponder a um valor de desestímulo, que não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo, a ponto de não coibir a reincidência em conduta negligente.

Em casos análogos esta Câmara também entendeu caracterizado o dano moral:

Acesso ao Sumário

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Prestação de serviços. Transporte aéreo de passageiros. Atraso no voo decorrente de problemas técnicos. Troca de aeronave. Ausência de suporte à passageira, menor impúbere desacompanhada, por parte da empresa aérea. Dano moral de R$ 6.000,00 fixado pela r. sentença. Pretensão da Companhia Aérea ao afastamento da indenização ou redução do seu valor. INADMISSIBILIDADE: Dever de proporcionar assistência necessária aos passageiros em virtude do contratempo. A empresa aérea não produziu qualquer prova de que prestou a devida assistência aos seus passageiros. Cabimento de indenização pelos danos morais sofridos. Sentença mantida. DANOS MORAIS - TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA - Pretensão da ré de que o termo inicial dos juros de mora seja a data da publicação da sentença. INADMISSIBILIDADE: Nas condenações ao pagamento de indenização por danos morais os juros de mora incidem desde a citação (artigo 405 do Código Civil). Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.*" (Ap. nº 0704686-02.2012.8.26.0704, Rel. Des. ISRAEL GÓES DOS ANJOS, 37ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 25.02.2014);

"*APELAÇÃO - TRANSPORTE AÉREO - ATRASO, DEFICIENTE ASSISTÊNCIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM EXAME DO MÉRITO - APELO DA AUTORA. 1. NULIDADE DO TERMO DE QUITAÇÃO - Aplicação da Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal - "Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar". 2. CAUSA MADURA - Artigo 515, §3º, do CPC - Julgamento imediato - Possibilidade - Desnecessidade de produção de outras provas - Ausência de controvérsia acerca do atraso e seu motivo. 3. DEVER DE INDENIZAR - CANCELAMENTO DE VOO - Caso fortuito não caracterizado - Problemas técnicos e aeroportuários são de notório conhecimento dos operadores do ramo - Risco da atividade - Excludente de responsabilidade afastada. 4. DANOS MATERIAIS - Autora que comprovou despesas com hospedagem e refeição - Valores que devem ser reembolsados - Ausência de prova de prejuízo da autora decorrente da falta em seu posto de trabalho. 5. DANOS MORAIS - Abalo moral passível de compensação - Transtornos causados pelo cancelamento do voo que causaram desgastes à autora - Indenização deve ser fixada em R$ 10.000,00, quantia que não destoa da que comumente aplica este e. Tribunal de Justiça. SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*" (Ap. nº 0000366-88.2013.8.26.0097, Rel. Des. SERGIO GOMES, 37ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 28.10.2014);

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Transporte aéreo de pessoas -*

Acesso ao Sumário

Má prestação de serviço - Informação inadequada sobre as condições da conexão - Passageiros obrigados a desembolsar quantia superior à inicialmente informada - Situação previsível que poderia ser evitada mediante simples alerta - Responsabilidade da companhia aérea - Danos materiais - Dispêndio acima do previsto que não foi negado pela companhia - Fato incontroverso que dispensa a produção de provas - Caso, ademais, em que juntados recibos que, embora em língua estrangeira, foram emitidos pela própria companhia - Obrigação de indenizar presente. DANO MORAL - Ocorrência - Má prestação de serviço - Passageiros obrigados a aguardar em sala destinada a imigrantes irregulares, sem acesso à alimentação - Situação que extrapola o simples aborrecimento - Agravo moral reconhecido - Sentença de procedência da ação mantida - Apelação improvida." (Ap. nº 0156539-39.2010.8.26.0100, Rel. Des. JOSÉ TARCISO BERALDO, 37ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 29.03.2012);

Colaciona-se a respeito do tema, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPANHIA AÉREA. CONTRATO DE TRANSPORTE. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. ATRASO DE VOO. SUPERIOR A QUATRO HORAS. PASSAGEIRO DESAMPARADO. PERNOITE NO AEROPORTO. ABALO PSÍQUICO. CONFIGURAÇÃO. CAOS AÉREO. FORTUITO INTERNO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.*

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor desamparado pela companhia aérea transportadora que, ao atrasar desarrazoadamente o voo, submeteu o passageiro a toda sorte de humilhações e angústias em aeroporto, no qual ficou sem assistência ou informação quanto às razões do atraso durante toda a noite.

2. O contrato de transporte consiste em obrigação de resultado, configurando o atraso manifesta prestação inadequada.

3. A postergação da viagem superior a quatro horas constitui falha no serviço de transporte aéreo contratado e gera o direito à devida assistência material e informacional ao consumidor lesado, independentemente da causa originária do atraso.

4. O dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se "in re ipsa" em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro.

5. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

6. Recurso especial provido." (REsp nº 1280372/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 10/10/2014);

Ademais, já se decidiu que "*O juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento.*" (Apelação Cível nº 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Verificadas essas premissas, razoável majorar o dano moral fixado pelo Juiz sentenciante em R$ 5.000,00 para R$ 15.000,00, quantia que reputo suficiente para indenizar os danos sofridos e não configura fácil enriquecimento à Autora. A incidência de juros deve ocorrer a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, ante o descumprimento do contrato de transporte, com atualização monetária a contar deste julgado.

No mais é mantida a sentença, inclusive em relação ao percentual da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da condenação, que já sofrerá aumento em razão da alteração da base de incidência.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da Autora e nego provimento ao da Ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006893-37.2008.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes TRANSKOMPA LTDA. e PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelado SOLANGE FERREIRA DE CAMPOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar arguida pela corré Transkompa Ltda. a fls. 657/658 e anularam a r. sentença proferida, recomendada a urgência possível na prolação da nova sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26401)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

SOARES LEVADA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Acidente de veículos. Ação indenizatória material e moral. Prova oral colhida por juiz titular. Sentença proferida por outro juiz, sem qualquer explicação para o fato. Prova oral relevante para o deslinde do feito. Cogência do artigo 132 do CPC que, no caso, impõe o reconhecimento da nulidade da sentença, por ter ferido o princípio da identidade física do juiz. Inaplicabilidade da instrumentalidade processual ao caso concreto, pela importância dos testemunhos ouvidos, que embasaram a sentença. Preliminar acolhida. Apelo provido, com recomendação.

VOTO

1. Da procedência parcial de ação indenizatória material e moral proposta apelam a ré Transkompa e a litisdenunciada Porto Seguro, a primeira levantando preliminar de nulidade da sentença por afronta ao artigo 132 do CPC e, no mérito, negando sua responsabilidade sob qualquer ângulo, material ou moral, no que é secundada pela litisdenunciada. Preparos regulares. Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. É nula a sentença, infelizmente, por ter ferido de frente o princípio da identidade física do juiz, em situação na qual a oitiva das testemunhas teve e tem vital importância para o deslinde do feito - não se aplicando assim o entendimento, que se costuma seguir em outras situações, que prega a relatividade desse princípio, se inexistente prejuízo à parte adversa.

No caso dos autos, o Dr. Rogério Sartori Astolphi colheu quatro testemunhos que foram relevantes para o resultado da demanda (fls. 488/493) e, nada obstante, quem proferiu a zelosa sentença foi o Dr. Maurício Habice (fls. 623/639), sem qualquer explicação para o fato, mesmo porque a conclusão havia sido aberta em nome do Dr. Rogério, que continuou posteriormente atuando nos autos, por exemplo recebendo as apelações, a fl. 757.

A norma do artigo 132 do CPC é cogente. Admite temperamentos, é certo, mas no caso a importância da prova oral, evidente, sobreleva e não dá opção que não seja a nulidade do julgado, pois presumível o prejuízo às partes sucumbentes. Repita-se: se a prova oral fosse de nenhuma ou de pouca importância, a instrumentalidade processual (CPC, 244; 250, “caput” e parágrafo único) permitiria afastar a regra da identidade física, que decorre do princípio maior da oralidade, e convalidar a sentença. Mas se a prova oral colhida teve

Acesso ao Sumário

relevância evidente no deslinde do processo, a cogência própria do artigo 132 impõe o reconhecimento da nulidade do julgado monocrático, no caso concreto outra sentença devendo ser proferida pelo Dr. Rogério Sartori Astolphi (que continua na Comarca de Piracicaba, conforme certificado pelo Gabinete deste Relator).

Lamenta-se o fato, mas se a nulidade fosse reconhecida pelo E. STJ, haveria ainda maior perda de tempo às partes, mostrando-se mais razoável que neste grau de jurisdição seja desde logo solucionada a questão.

3. Pelo exposto, **acolhe-se a preliminar arguida pela corré Transkompa a fl. 657/658 e anula-se a r. sentença proferida, recomendada a urgência possível na prolação da nova sentença.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006857-54.2003.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ALKA TECNOLOGIA EM DIAGNÓSTICO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS LTDA., é apelado/apelante CALDEA S/C LTDA..

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao Agravo Retido e deram parcial provimento aos recursos de apelação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.656)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente sem voto), CLAUDIO HAMILTON e EDGARD ROSA.

São Paulo, 5 de março de 2015.

HUGO CREPALDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO RETIDO - Ausência de cerceamento de defesa - Pontos fáticos controvertidos devidamente solucionados pela prova pericial produzida - RECURSOS DE APELAÇÃO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZATÓRIA CONEXA COM AÇÃO DE DESPEJO C.C. COBRANÇA - Grande parte da sentença foi extra petita - Anulação da parte que se excedeu ao proferir condenações fora dos

pedidos - No mérito, a pretensão da locatária de caracterizar o inadimplemento contratual por parte da locadora não merece acolhimento - A própria locatária se responsabilizou pela regularização do imóvel perante os órgãos públicos, o que deixou de ser feito por sua desídia, sem prova do nexo causal entre impropriedades preexistentes do imóvel e efetiva impossibilidade de utilização do bem para as atividades pretendidas, impossibilidade esta que não restou comprovada - Desocupação do imóvel que se deu no curso da demanda, limitando a responsabilidade da locatária até fevereiro de 2007 - Acolhimento do pedido da locadora para a eficácia do julgamento não esteja condicionada ao trânsito em julgado - Negado provimento ao Agravo Retido e recursos de apelação parcialmente providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por ambas as partes, nos autos da ação de rescisão contratual cumulada com indenizatória e da ação de despejo cumulada com cobrança e indenizatória que envolvem as partes **ALKA TECNOLOGIA EM DIAGNÓSTICO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS LTDA.** e **CALDEA S/C LTDA.**, objetivando a reforma da sentença (fls. 1851/1892) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Alexandre Bucci, que julgou (I) improcedente a ação de rescisão contratual e (II) parcialmente procedente a ação de despejo no seguinte sentido:

II.1. Para declarar resolvido o contrato de locação firmado entre as partes, por falta de pagamento de alugueres e por infrações contratuais perpetradas pela locatária **ALKA**, decretando o despejo desta última, porém com cumprimento da medida condicionado ao trânsito em julgado;

II.2. Para condenar a locatária **ALKA**:

a) Ao pagamento de todos os alugueres, vencidos e vincendos no decorrer da lide, inclusive depois do término do prazo de vigência do contrato, abatendo-se do montante devido as quantias consignadas nos autos;

b) Ao pagamento de multa contratual, de três alugueres, devida por ofensa ao disposto na cláusula 11ª do contrato, multa esta que perfaz o montante de R$ 9.164,79 (data base - abril de 2007, atualizando-se os valores a partir de então e com juros de mora desde a citação);

c) Ao pagamento dos valores atrelados aos reparos necessários aos imóveis,

Acesso ao Sumário

restando ainda pendente a realização do aumento da área construída, do revestimento e da pintura da fachada de fundos, reparos estes que perfazem o montante de R$ 6.240,00, (data base - abril de 2007, atualizando-se os valores a partir de então e com juros de mora desde a citação);

d) Ao pagamento do montante de R$ 94.000,00 devidos a título de reconstrução das edículas indevidamente demolidas (data base de abril de 2007, atualizando-se os valores a partir de então e com juros de mora desde a citação);

e) Ao reembolso dos valores atrelados à taxa de lixo, IPTUs relacionados aos anos de 2007 e 2008 e valor referente à taxa de lixo do mês de maio de 2005, bem como ao reembolso de todos os outros valores pagos pela locadora a estes títulos, sem prejuízo da obrigação de pagamento de outras eventuais obrigações tributárias em aberto vencidas no decorrer da relação contratual (com correção monetária e juros de mora incidentes desde os desembolsos);

f) Ao pagamento do montante de R$ 10.000,00 (data base de abril de 2007, atualizando-se os valores a partir de então e com juros de mora desde a citação) relativos aos custos de regularização do projeto dos imóveis;

g) Ao pagamento das custas e despesas processuais havidas em razão de ambos os feitos, inclusive, reembolso de honorários do assistente técnico da locadora **CALDEA**, despesas estas, todas devidamente atualizadas desde os respectivos desembolsos;

h) Ao pagamento de verba honorária, arbitrada de maneira una para ambos os feitos, em patamar de 15% do valor total e atualizado da condenação imposta nos autos da Ação de Despejo.

Apelam ambas as partes.

As razões recursais da **ALKA** (fls. 1932/1957) apontam equívoco da r. sentença, em síntese, (i) por desconsiderar a existência de vícios ocultos no imóvel, vícios que comprometeram a utilização dele para as finalidades pretendidas pela locatária, o que configura inadimplemento contratual por parte da locadora. São invocados os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato, a necessária relativização do princípio da autonomia da vontade, e a teoria da imprevisão, tudo de modo a buscar configurar o inadimplemento da locadora.

Acesso ao Sumário

Afirma, ainda, (ii) exceção de contrato não cumprido, de modo que, havendo inadimplemento da locadora, as suas obrigações como locatária tornaram-se inexigíveis; (iii) que não se pode ignorar a entrega das chaves realizada no curso dos autos e (iv) que houve sentença *extra* e *ultra petita* no que se refere à condenação ao pagamento de multa, reparos no imóvel, construção de edículas, taxas de lixo e IPTU e regularização do projeto.

De outro lado, apela a locadora **CALDEA** (fls. 1963/1977), oportunidade em que (i) reitera o Agravo de fls. 1789/1792; (ii) afirma que os recursos

deveriam ter sido recebidos apenas no efeito devolutivo; (iii) aponta equívoco da r. sentença, vez que nunca formulou pedido de lucros cessantes, e sim de cobrança das prestações vincendas a partir de 2006; (iv) requer expedição de mandado de constatação no imóvel.

Recebidos os apelos em seu duplo efeito (fls. 1979), houve contrarrazões (fls. 1989/1995 e 1996/2014).

Enquanto pendentes de julgamento os recursos, foi noticiado que o imóvel locado estava sendo ocupado por terceiros, do que decorreu a expedição de mandado de imissão na posse e constatação, ressalvado, na oportunidade, que a questão concernente ao momento do término da locação seria resolvida quando do julgamento.

É o relatório.

Em breve síntese, complementando-se o extenso relatório elaborado pela r. sentença (fls. 1851/1861), tem-se que as partes firmaram contrato de locação não residencial em 1º de julho de 2001, com prazo de vigência inicialmente previsto até 30 de junho de 2006 (fls. 19/24). Antes do término da locação, porém, a locatária **ALKA** ajuizou ação de rescisão do contrato cumulada com indenização, alegando o inadimplemento contratual por parte da locadora, que silenciou quanto à existência de vícios ocultos, o que tornou inviável a manutenção da relação locatícia e causou-lhe inúmeros danos.

Os vícios alegados consistem em irregularidades na edificação e limitações diante de parte do imóvel ser tombado, o que a locatária alegar ter impedido que a destinação do imóvel fosse convertida de residencial para comercial perante as autoridades competentes. Isso teria feito com que a atividade comercial pretendida não mais pudesse se desenvolver no local, frustrando todo o investimento feito com reformas para adaptação do imóvel às necessidades da locatária.

Assim, ajuizou a demanda visando à rescisão do contrato, a consignação dos valores dos aluguéis vincendos no curso da ação até a desocupação, a condenação da locadora à multa por infração contratual, à devolução dos valores investidos no imóvel e à indenização por danos morais.

Paralelamente, ajuizou a locadora **CALDEA** ação de despejo cumulada com cobrança. Sustentou a falta de pagamento das prestações vencidas a partir de novembro de 2001, o que justifica a procedência do pedido de desocupação e de cobrança das prestações vencidas e vincendas.

Conforme *supra* destacado, o Juízo *a quo* julgou improcedente a ação de rescisão contratual proposta pela locatária **ALKA**, e julgou parcialmente procedente a ação movida pela **CALDEA**. Insurgem-se ambas as partes sobre os temas que passam a ser detalhadamente analisados.

Inicia-se o julgamento pelo enfrentamento do Agravo Retido de fls.

Acesso ao Sumário

1789/1792 - o único dos Agravos Retidos devidamente reiterado.

Na oportunidade, a **CALDEA** insurgiu-se contra a decisão que encerrou a instrução, afirmando que existiam outras provas a serem produzidas, de modo que o encerramento da instrução representou cerceamento de defesa. Sem razão, contudo, a locadora.

Em verdade, suas próprias razões do Agravo são bastante genéricas, sem apontar em que medidas as demais provas requeridas (novos esclarecimentos periciais, depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, nova prova documental, etc.) seriam úteis ao deslinde da demanda, ou seja, não houve indicação dos pontos fáticos controvertidos ainda pendentes de dilação probatória.

E, pela leitura dos autos, conclui-se que todas as provas necessárias ao julgamento foram produzidas: os pontos controvertidos envolviam (i) questões técnicas - tais como se havia irregularidades no imóvel antes da locação, se houve pedido de regularização perante a Prefeitura, etc. -, solucionadas pela perícia realizada; e (ii) questões jurídicas a serem solucionadas pelo órgão julgador, o que prescinde de dilação probatória.

Desse modo, nego provimento ao Agravo Retido, já que, com base no art. 130 do CPC, vê-se que os autos encontram-se prontos para julgamento. Passa-se, assim, ao enfrentamento dos temas devolvidos ao Tribunal por meio das Apelações interpostas.

A sentença é manifestamente *extra petita*, porquanto condenou a locatária para além dos pedidos contra ela formulados.

Vale deixar claro quais os objetos das ações *sub judice*: na ação de rescisão contratual cumulada com indenizatória, a locatária pediu (i) rescisão do contrato; (ii) consignação de aluguéis; (iii) condenação da locadora ao pagamento de multa por inadimplemento do contrato, (iv) indenização por danos materiais concernentes aos valores investidos no imóvel com as reformas e (v) indenização por danos morais. Já a locadora, em sede de ação de despejo, requereu (vi) a desocupação do imóvel e (vii) a condenação da locatária ao pagamento dos aluguéis inadimplidos, bem como os vincendos.

Note-se, assim, que em nenhum momento foi pleiteada pela locadora, seja na ação de despejo, seja em eventual reconvenção ou qualquer outro meio de contra-ataque, a condenação da locatária ao pagamento de reconstrução de edículas, gastos com projeto, finalização das obras, etc. Ainda que a locatária seja efetivamente responsável por esses prejuízos, tais questões não foram objeto *desta* demanda, de modo que condenações nesse sentido devem ser feitas em processo autônomo, sob pena de afronta ao princípio da adstrição.

Isso vale, inclusive, para o pedido de pagamento de taxas de lixo e IPTUs em atraso, já que eles não constaram da inicial de despejo, mas somente em momento posterior, quando já estabilizada a demanda (art. 264 do CPC).

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Mais do que uma mera regra processual formal, o chamado princípio da adstrição ou correlação visa a privilegiar o contraditório e a ampla defesa, evitando-se que a parte seja surpreendida no curso do processo com questões não antes discutidas, bem como resguarda a imparcialidade do juiz, evitando que, por sua iniciativa, conceda o que não foi pleiteado pelas partes.

Em termos práticos, isso significa dizer que a sentença é nula no que excedeu o objeto da demanda, ou seja, ao condenar a locatária **ALKA** aos itens "b", "c", "d", "e", e "f" *supra* descritos. Isso, contudo, não compromete a integralidade da sentença, bastando-se que sejam excluídas essas condenações para afastar a nulidade.

Nesse sentido, destaca-se:

"*A extensão da nulidade da sentença extra petita deverá ser a) integral, quando ela dispõe sobre o objeto não pedido sem dispor sobre o que consta da inicial, porque uma sentença assim é portadora do duplo defeito consistente em decidir sobre o que não foi pedido e de não decidir sobre o que foi pedido; b) parcial, limitada ao excesso, quando ela levar em conta o objeto da demanda e também algum outro, nesta não incluído*" (Cândido Dinamarco, *In* "Instituições de Direito Processual Civil", v. III, Malheiros, 6ª ed, p. 298).

Feitas todas essas considerações, é possível nos ater aos efetivos objetos da demanda.

As provas dos autos não favorecem a locatária quanto à tese de inadimplemento contratual por parte da locadora. Quando da contratação, restou estipulado que:

*"Cláusula 10ª - **OBRIGAÇÕES - A LOCADORA** obriga-se a providenciar a alteração do uso dos imóveis de residencial para comercial, ficando exclusivamente por conta da **LOCATÁRIA**, a legalização dos imóveis perante os Órgãos Públicos competentes, pelas reformas que introduzirá no imóvel, conforme anexo, (Cláusula Terceira) sob sua total expensa e responsabilidade e cujas plantas serão assinadas pela **LOCADORA** e também por sua conta a obtenção do Alvará e Licença e Funcionamento, nada podendo ser exigido da **LOCADORA** a qualquer tempo e qualquer pretexto, ficando ainda convencionado que a eventual negativa ou indeferimento do Alvará, não constitui motivo para a rescisão do contrato, que deverá ser cumprido integralmente, com o que concorda expressamente a **LOCATÁRIA**."*

Assim, acertadamente concluiu o Juízo *a quo* que, a despeito de restar estipulado que a locadora converteria o imóvel de residencial para comercial, todas as providências necessárias para tanto ficaram a cargo da locatária, que se responsabilizou por regularizar o imóvel perante os órgãos públicos competentes.

Isso é corroborado pelo fato de a locadora ter outorgado poderes, por meio de procuração, à locatária, para que esta pudesse tomar todas as providências

Acesso ao Sumário

necessárias (fls. 541).

Sustenta a locatária que os termos do contrato devem ser relativizados diante da existência de vícios ocultos no imóvel: ao não saber da irregularidade preexistente com relação à metragem construída, bem como da existência do tombamento, tornou-se impossível obter as autorizações necessárias ao desenvolvimento de sua atividade no local.

Sem razão, contudo, a locatária nesse ponto, principalmente porque não restou comprovado que esses dois vícios comprometeram o processo administrativo perante a Prefeitura.

O laudo pericial, de fato, constatou que à época do início da locação, a metragem real não correspondia àquela declarada para fins fiscais, bem como existia tombamento parcial. Contudo, nenhum desses fatores foi a causa para qualquer negativa de funcionamento por parte da Prefeitura. Pelo contrário, é inconteste que a locatária simplesmente deixou de atender às exigências feitas (fls. 547), do que decorreu o encerramento do processo administrativo por desídia da parte requerente.

Não há nenhuma prova nos autos no sentindo de que, em decorrência da irregularidade da metragem ou do tombamento, seria impossível dar prosseguimento ao processo e assim obter a autorização para funcionamento. Ao que tudo indica, a locatária precipitou-se e simplesmente não mais providenciou o necessário para se desincumbir das suas obrigações contratualmente assumidas.

Daí porque não se pode falar em relativização do princípio da autonomia da vontade, de teoria da imprevisão ou qualquer outra tese da locatária - que, aliás, foram invocadas apenas em sede de apelação. As informações sobre o imóvel que em tese surpreenderam a locatária não implicaram qualquer prejuízo à manutenção da relação locatícia, ao menos não de forma comprovada no processo.

Disso decorre que a rescisão do contrato não se dá nos termos requeridos pela locatária, bem como descabida a imposição de multa à locadora, já que ela não incidiu em inadimplemento contratual.

Os investimentos feitos a título de reforma no imóvel, segundo a cláusula 5ª, § único, não geram direito a qualquer tipo de indenização. E, como já afirmado, como não há motivos para relativizar a força do contrato, a referida cláusula permanece vigente. A indenização por danos morais é também afastada porquanto já negada a tese de que houve qualquer ilícito contratual por parte da locadora.

Assim, a ação de rescisão contratual c.c. indenizatória não tem outro resultado senão o da improcedência. Resta analisar a pretensão ao despejo c.c. cobrança de aluguéis.

As cobranças são devidas diante da insuficiência dos valores depositados

Acesso ao Sumário

em consignação. Ressalva-se, como fez o Juízo *a quo*, que devem ser abatidos os valores consignados, e que, como já se afirmou, não se incluem na cobrança os demais encargos, porquanto não constantes do pedido.

O problema maior está na questão do despejo. E, ao contrário do que afirmado na sentença, entendo que houve perda superveniente de interesse de agir com relação à pretensão ao despejo, porque houve desocupação do imóvel no curso da ação.

Sobre esse ponto, há um tumulto processual que fez com que as partes divergissem quanto ao momento da desocupação. Mas devem ser consideradas devolvidas as chaves em 15 de fevereiro de 2007, conforme a petição de fls. 1436/1437.

Fala-se comumente que a extinção da obrigação dos pagamentos de aluguéis se dá com a entrega das chaves - o que, na maioria dos casos, é bastante ilustrativo do momento exato da desobrigação -, mas essa ideia é um resumo do verdadeiro fenômeno que deve ocorrer: não basta a simples entrega das chaves; este é um ato que simboliza o que de fato importa, que é a desocupação do imóvel, com respectiva ciência do locador para que ele possa reaver a posse do bem.

Não basta, portanto, a simples desocupação - o que, sem a cientificação do locador, configura abandono -, assim como não basta simples cientificação sem efetiva desocupação - pois, dessa forma, há continuidade da utilização do bem, estendendo-se, assim, o próprio objeto da locação.

In casu, a desocupação era inconteste, até porque, ao que tudo indica, a locatária não chegou a usufruir de fato o imóvel, mas apenas manteve a posse dele para a realização das reformas. De todo modo, quando da realização da vistoria (fls. 1450/1453), evidenciou-se que o imóvel estava desocupado e "pronto para o uso", como ressaltou a Sra. Oficial de Justiça.

E a ciência da locadora quanto à desocupação veio com a petição de fls. 1436/1437, oportunidade em que a locatária acusou a intenção de devolução das chaves.

Naquele momento, o Juízo *a quo* provocou a manifestação da locadora quanto à entrega do imóvel, e ela se opôs, diante da necessidade de realização de reparos (1461/1462). A oposição, todavia, foi injusta, pois é cediço que a devolução do imóvel é um direito potestativo do locatário, que não pode ser impedido pela necessidade de realização de reformas, caso em que a locadora deve procurar os meios adequados de compelir a locatária a cumprir suas obrigações.

Disso se conclui que a devolução do bem se deu ainda em fevereiro de 2007, e a locadora só não se imitiu na posse por seu comportamento omissivo nesse sentido. Não se ignora que houve tentativas, perante o Juízo *a quo*, de

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

imissão na posse, mas, diante da ausência de decisão nesse sentido, a locadora deveria ter se utilizado das vias adequadas para garantir seu ingresso no imóvel, evitando sua deterioração tal como se deu após longos anos sem ocupação.

Deve se ressaltar que não faltaram alertas da locatária, pois ainda às fls. 1665/1669, informou novamente que havia desocupado o imóvel, e, não obstante as inúmeras manifestações da locadora após a juntada da referida petição, nada foi dito quanto à entrega do imóvel.

Disso se conclui que houve efetiva desocupação com ciência da locadora em fevereiro de 2007, de modo que somente até esta data a locatária é responsável pelo pagamento de aluguéis e demais encargos, bem como pelo estado de conservação do imóvel tal como vistoriado às fls. 1450/1453.

Mais especificamente no que se refere ao objeto do recurso de Apelação interposto pela locadora, vale ressaltar que prejudicado o pedido de constatação do imóvel, porquanto já acolhido no processamento da Apelação.

Quanto à eficácia da sentença, há prejuízo em parte do tema, diante da reforma de grande parte do *decisum* de Primeiro Grau. De todo modo, no que se refere ao resultado deste julgamento, sua eficácia não se condiciona mais ao trânsito em julgado, seguindo-se a regra geral de eficácia imediata, já que, via de regra, os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo.

A r. sentença realmente se equivocou ao mencionar pedido de lucros cessantes, mas penso que já foi esclarecido o ponto relativo à responsabilidade pelos locativos vincendos no curso da demanda.

Diante do resultado do julgamento, que manteve a improcedência da ação de rescisão contratual, manteve a procedência da cobrança de aluguéis, e considerou a perda superveniente do interesse de agir quanto ao despejo, ficam mantidos os ônus de sucumbência em desfavor da locatária.

Pelo exposto, (i) dou parcial provimento ao recurso da locatária, para excluir suas condenações relativas ao pagamento de multa contratual (item “b”), de reparos necessários aos imóveis (item “c”), de reconstrução das edículas (item “d”), de reembolso de taxas de lixo e IPTUs e “outros valores pagos pela locadora a estes títulos” (item “e”) e de valores para a conclusão da regularização do projeto (item “f”); (ii) nego provimento ao Agravo Retido de fls. 1789/1792; e (iii) dou parcial provimento ao recurso da locadora, para afastar a determinação do Juízo *a quo* quanto à eficácia do julgamento somente após o trânsito em julgado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0198654-07.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, são apelados HYUN HEE YUN (JUSTIÇA GRATUITA) e SUZI ANA YUN (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17126)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 5 de março de 2015.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Seguro de veículo. Cobrança. Furto do veículo segurado. Recusa da seguradora em efetuar o pagamento da indenização sob alegação de que a segurada deixou de comunicar alteração de endereço. Condenação da ré a pagar à autora o valor da indenização prevista na apólice, abatida eventual diferença do prêmio. Ação julgada procedente.

Apelação da ré. Renovação dos argumentos anteriores. Alegada infração contratual, apta a afastar o dever de indenizar. Inexistência de comprovação. Ausência de má-fé da apelada segurada no preenchimento do questionário de avaliação de risco. Possibilidade de adequação do valor do prêmio, como decidido pelo Juízo *a quo*. Observância do disposto no parágrafo único do art. 766 do CPC. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de ação de cobrança ajuizada por Hyun Hee Yun e outra em face de Sul América Companhia Nacional de Seguros, julgada procedente pela r. sentença de fl. 172, condenada a ré a pagar às autoras a indenização prevista na apólice de seguro para hipótese de furto de veículo, autorizada a dedução da diferença do prêmio, com atualização monetária pela Tabela Prática e com

Acesso ao Sumário

juros de mora de 1% ao mês desde a data da recusa extrajudicial de cobertura (18.07.2012, cfr. fl. 131). Em razão da sucumbência, foi a ré condenada, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, apela a ré (fls. 179/183). Alega, em síntese, os mesmos argumentos trazidos na contestação. Aduz que não fora informada sobre a alteração de endereço da segurada. Diz que, em razão do descumprimento contratual, impossível o pagamento da indenização securitária. Postula a reforma da r. sentença.

Contrarrazões a fls. 191/193.

É o relatório do necessário.

O recurso não comporta provimento.

A discussão versa sobre a negativa da seguradora em pagar a indenização securitária à beneficiária do seguro contratado, sob alegação de infração contratual, pois a segurada não comunicou alteração de endereço a ela seguradora, o que configura infração contratual apta a afastar o dever de indenizar.

Contudo, como bem anotado pelo d. Magistrado *a quo*, "*se a mudança de endereço acarretava apenas aumento do prêmio não há má-fé que autorize a sanção, drástica e absoluta, da perda do direito à indenização, porque não está presente a má-fé, nem fator de agravamento de risco. Sendo afinal o direito da seguradora, resultante da mudança de endereço, somente a diferença do prêmio, impõe-se, para observância da boa-fé que deve pautar também a atuação da seguradora na execução do contrato, pagar a indenização, se for o caso com dedução da diferença do prêmio.*" (cfr. fl. 172).

No que pese o esforço da seguradora-apelante em apontar infração contratual pelo fato de não ter havido comunicação acerca de alteração de endereço, o certo é que não tem o condão de ocasionar a perda do direito à indenização. Tais pormenores, embora essenciais para a lealdade no trato dos negócios, têm repercussão somente no valor do prêmio, como bem salientado pelo d. Sentenciante.

Assim, inexiste má-fé da segurada, que poderia acarretar a perda do direito à indenização. E ausente dolo por parte da segurada, presente a boa-fé. Nesse sentido o posicionamento desta E. Corte:

Acesso ao Sumário

"*SEGURO DE VEÍCULO. Indenização. Furto do bem. Recusa da Seguradora. Agravamento do risco em razão da alteração do endereço sem prévia comunicação. Seguro contratado segundo o perfil do segurado. Súmula 465 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prova de agravamento efetivo do risco, a cargo da Seguradora. Furto ocorrido em endereço diverso da residência do segurado. Indenização devida. Dano moral não configurado. Mero descumprimento de contrato que não causa padecimento moral. Ação julgada*

procedente em parte. Sucumbência da seguradora, que arcará com os encargos correspondentes, segundo o princípio da causalidade. - Recurso provido em parte." (Apelação nº 0021290-82.2011.8.26.0003, Rel. Des. EDGARD ROSA, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 18/09/2014);

"*Acidente de veículo. Seguro facultativo. Recusa de cobertura securitária. Alegação de que a autora prestou informações falsas no momento da contratação. Segurada que residia em São Bernardo do Campo. Indicação da cidade de Guarulhos, no perfil, como local de residência. Situação em que não houve má-fé da segurada tampouco agravamento do risco contratado. Indenização securitária devida. Precedentes do STJ e desta Corte. Indenização por danos materiais devida. Inadimplemento contratual que, salvo situações excepcionais, não gera abalo na esfera íntima das pessoas. Danos morais não caracterizados. Sucumbência recíproca. Sentença mantida. Recursos desprovidos*". (Apelação nº 0063452-45.2010.8.26.0224, Rel. Des. BONILHA FILHO, 11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 17/09/2014);

"*Seguro facultativo de veículo. Ação de cobrança de indenização securitária. Contratação na modalidade 'perfil'. Roubo do bem segurado. Recusa da seguradora ao pagamento da indenização securitária. Agravamento do risco. Eventuais informações inexatas fornecidas pelo segurado acerca de seu estado civil e do local de pernoite do veículo objeto do contrato de seguro não se traduzem em agravamento do risco e, portanto, não são capazes de liberar a seguradora do seu dever de indenizar, notadamente se o bem segurado foi roubado, fato que não teria sido evitado, independentemente das declarações constantes do questionário para avaliação do risco. Recurso não provido.*" (Apelação nº 0003147-58.2010.8.26.0010, Rel. Des. CESAR LACERDA, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 23/04/2013);

E,

"*Seguro de veículo. Contrato com cláusula de perfil. Indenização negada. Alegação de que o segurado informou que seu pai usaria o veículo como condutor principal. Seguradora que não faz prova da falsidade da informação. Uso do veículo pelo segurado, ademais, que não interfere no risco do roubo. Indenização devida. Correção monetária com finalidade distinta dos juros de mora. Termos iniciais diversos. Recurso improvido*". (Apelação nº 9081243-32.2008.8.26.0000, Rel. Des. HAMID BDINE, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 16/04/2012).

Nesse sentido também o posicionamento do C. STJ, no que interessa:

"*(...) 2. As declarações inexatas ou omissões no questionário de risco em contrato de seguro de veículo automotor não autorizam, automaticamente, a perda da indenização securitária. É preciso que tais inexatidões ou omissões tenham acarretado concretamente o agravamento do risco contratado e*

decorram de ato intencional do segurado. Interpretação sistemática dos arts. 766, 768 e 769 do CC/02. 3. 'No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equilíbrio, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos' (Enunciado n. 374 da IV Jornada de Direito Civil do STJ). (...) 7. Recurso especial não provido". (REsp nº 1210205/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. 01/09/2011).

Assim, bem andou o d. Magistrado *a quo* ao reconhecer o direito das autoras em receber a indenização com autorização para dedução da diferença do prêmio, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 766 do CC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046354-23.2009.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante DOMINGOS LOPES DE SENA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SERRA GERAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA., JOSE FERREIRA ARAUJO, MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, MASSAVIDRO PRODUTOS PARA VIDRACEIROS LTDA. e JEAN CARLOS BRAZ.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4607)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 11 de março de 2015.

BONILHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Colisões sucessivas. Engavetamento. Alegação de que o veículo do autor teria sido projetado para frente pelo veículo da segunda ré, ocasionando a colisão com o veículo da primeira ré, que, por sua vez, parou abruptamente na pista, ao apresentar falha mecânica. Versão isolada nos autos. Inobservância

do dever de cautela. Culpa presumida de quem colide na traseira que deveria ser infirmada pelo demandante. Inocorrência. Ausência de prova de fato constitutivo do direito do autor. Art. 333, inciso I, do CPC. Sentença de improcedência mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 591/600, cujo relatório adoto, que julgou improcedente ação de reparação de danos morais e materiais, considerando prejudicadas as denunciações da lide e sujeitando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de 20% sobre o valor atualizado da causa, para a lide principal e secundárias, observada a suspensão da exigibilidade do pagamento em razão da Justiça gratuita concedida ao requerente.

Irresignado, insurge-se o demandante (fls. 602/615), objetivando a reforma da r. sentença. Sustenta, em síntese, que restou incontroverso nos autos que o veículo de propriedade da apelada Serra Geral Distribuidora de Bebidas Ltda., conduzido por José Ferreira Araújo, sofreu pane mecânica e, simplesmente, parou no meio de rodovia movimentada, qual seja a BR-040. Ressalta que constou do Boletim de Ocorrência que esse veículo de propriedade da Serra Geral agiu de forma ativa para a ocorrência do acidente. Entende que defeitos mecânicos são previsíveis, não podendo ser caracterizados como caso fortuito ou de força maior. Argumenta que o Código de Trânsito Brasileiro exige que todos os motoristas habilitados, em caso de defeito mecânico em seus veículos, utilizem o procedimento adequado para evitar acidentes. Aduz que conseguiu controlar seu veículo, o freou a tempo, mas foi projetado para frente após o impacto que sofreu em sua traseira do veículo da corré Massavidro. Acrescenta que a colisão do seu veículo somente ocorreu em virtude de tal fato, assim como da falha mecânica ocorrida no veículo que trafegava na frente de todos, com sua parada abrupta no meio de uma rodovia de faixa única. Reforça que o culpado pelo acidente é o caminhão da Serra Geral e seu motorista e que, caso não tivesse sido abalroado em sua traseira, nenhum acidente teria ocorrido, pois já estava parado. Diz que os proprietários dos veículos são legitimados a responder pelos danos causados por seus prepostos. Pede que seja reconhecida, ao menos, a culpa concorrente das apeladas, que devem ser condenadas a arcar solidariamente com o pagamento de, pelo menos, metade do valor dos danos suportados pelo autor.

Recurso recebido (fls. 617) e contrarrazoado (fls. 621/626, 630/645, 647/662), não havendo sido preparado, por ser o autor beneficiário da justiça

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

gratuita (fls. 75).

É o relatório.

Sem razão a recorrente, não merecendo reparos a r. sentença, que deu correta solução à lide.

Narra o autor, DOMINGOS LOPES DE SENA que, em meados de junho de 2009, após transporte de diversos bens móveis ao Estado de Piauí, quando retornava ao Estado de São Paulo, teve seu veículo caminhão marca/modelo M.B./M. BENS L 1113, 1998/1968, placa ACH 7475, envolvido em acidente.

Segundo afirma, o acidente ocorreu em razão da súbita parada do veículo da primeira ré Serra Geral Distribuidora de Bebidas, na pista de rolamento da rodovia. Foi obrigado, assim, a efetuar a frenagem do seu veículo, quando, então, foi abalroado em sua traseira pelo veículo de propriedade da segunda ré Massavidros, e lançado contra a traseira do veículo da primeira ré.

Em razão do acidente, afirma que seu caminhão sofreu danos em sua parte dianteira, bem como em sua carroceria, cujo conserto foi suportado pela seguradora Mapfre Seguros, contratada pelo proprietário do caminhão Massavidros, mas lhe foram negados os reparos na parte dianteira de seu veículo. Buscou, então, o ressarcimento junto à primeira ré, Serra Geral, através de sua seguradora Sul América Companhia Nacional de Seguros, porém o pedido foi negado.

Diante da impossibilidade da utilização de seu caminhão, em virtude dos reparos necessários, alega ter suportado prejuízos de ordem material e moral, os quais pretende sejam ressarcidos com o ajuizamento da presente ação.

A demanda foi julgada improcedente, prejudicadas as denunciações à lide feitas às Seguradoras e condenado o autor ao pagamento das custas e despesas processuais.

O recurso não comporta provimento.

Preconiza o artigo 29 do Código de Trânsito Brasileiro que:

"O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...) II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas".

Acesso ao Sumário

A legislação de trânsito exige que o condutor de veículos trafegue, mantendo distância do veículo da frente, em velocidade que possibilite a imobilização do automóvel diante de freadas bruscas ou de outros imprevistos do veículo que o precede.

O Código não fala especificamente qual seria essa distância, mas os especialistas em trânsito entendem que a distância correta é aquela que dê tempo

suficiente para parar o veículo sem atingir o da frente, mesmo em situações de emergência ou de parada brusca, considerando-se a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas.

WILSON MELO DA SILVA ensina que "*o motorista que segue com seu carro atrás de outro veículo, prudentemente, deve manter uma razoável distância do mesmo, atento à necessidade de ter de parar de um momento para o outro. Ele não vê e não sabe, às vezes, o que se encontra na dianteira do veículo em cujo rastro prossegue. Mandaria, por isso mesmo, a prudência, que tivesse cautela e atenção redobradas para que não se deixasse colher de surpresa por alguma freada possível do veículo após o qual ele desenvolve sua marcha*", enfatizando, ainda, que "*o motorista do veículo de trás, pelo fato mesmo de sofrer uma obstrução parcial da visibilidade em virtude do veículo que lhe segue à frente, nem sempre possui condições para se aperceber da existência, na pista onde trafegam, de algum imprevisto obstáculo, fato de que só toma ciência em face da estacada súbita do veículo dianteiro*". (Responsabilidade Civil, Carlos Roberto Gonçalves, Saraiva, 2005, pág. 835).

Nesse passo, a presunção de culpa é sempre do condutor que colide com a traseira de outro veículo, isto é, o motorista que abalroa por trás é, em regra, culpado, invertendo-se, em razão disso, o *onus probandi*. Cabe ao motorista que bate na traseira a prova de desoneração de sua culpa.

Sobre o tema, Leciona Arnaldo Rizzardo: "*Em geral, a presunção da culpa é sempre daquele que bate na parte traseira de outro veículo. Constitui princípio elementar de condução de veículo a observância de distância suficiente para possibilitar qualquer manobra rápida e brusca, importa por subita freada do carro que segue à frente.(...) Por incidir presunção contra aquele que bate, a ele cabe fazer a prova da ocorrência de fato extraordinário, como a repentina freada do carro que segue à frente. Ou seja, a culpa fica afastada quando se comprova que o veículo de frente estaciona de forma inopinada, sem motivo justificável e sem a utilização dos sinais acautelatórios*". (A reparação nos acidentes de trânsito, RT, 2001, 9ª ed., pág. 299).

Para RUI STOCO, "*aquele que colide com a traseira de outro veículo presume-se culpado pelo evento, pois é ele quem tem condições de manter distância de segurança, velocidade adequada em relação ao veículo da frente e avaliar as condições do tráfego. Evidentemente que ocorrerá apenas a inversão do ônus da prova, cabendo ao condutor do veículo que abalroou o outro veículo por trás demonstrar que não agiu com culpa, ou que houve culpa exclusiva do outro condutor*". (Tratado da Responsabilidade Civil, RT, 7.ª ed., p. 1455).

Na jurisprudência, também é pacífica a presunção de culpa daquele que abalroa a traseira de outro veículo, que segue em sua frente.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela presunção de culpa

Acesso ao Sumário

do motorista que colide no veículo que segue à sua frente.

Confira-se:

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO PELA TRASEIRA. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MOTORISTA QUE ABALROA POR TRÁS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DOUTRINA. REEXAME DE PROVA. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. Culpado, em linha de princípio, é o motorista que colide por trás, invertendo-se, em razão disso, o **onus probandi**, cabendo a ele a prova de desoneração de sua culpa.” (REsp nº 198196/ RJ, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 18.2.1999, DJ 12.4.1999, p. 164).

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO NA TRASEIRA DO VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE CULPA. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ‘culpado, em linha de princípio, é o motorista que colide por trás, invertendo-se, em razão disso, o onus *probandi*, cabendo a ele a prova de desoneração de sua culpa’ (grifei, REsp nº 198.196, RJ, relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ de 12.04.1999). Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp nº 535627/MG, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Terceira Turma, j. 27.05.2008).

Da mesma forma, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

“Seguro de veículo. Colisão traseira. Parada do veículo em razão de acidente. Danos no veículo segurado. Cobertura. Ação regressiva. 1. A colisão traseira, salvo prova em contrário, faz presumir ausência de cautela do condutor ao não guardar distância segura do veículo que segue à frente. Artigo 29, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro. 2. Elementos circunstanciais suficientes para fundar convicção de culpa do réu. Indenização devida. 3. A correção monetária nada mais representa do que a simples recomposição do valor do poder aquisitivo, não podendo ter incidência somente a partir do ajuizamento da ação. 4. Negaram provimento ao recurso.” (Apelação nº 0004209-57.2009.8.26.0079, Rel. Des. VANDERCI ÁLVARES, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 31/10/2013);

“INDENIZAÇÃO - Acidente de trânsito - Colisão traseira - Presunção relativa de culpa do condutor do veículo que seguia atrás não ilidida - Ação procedente - Agravo retido e apelação não providos”. (Apelação nº 992.08.002589-6, Rel. Des. SÁ DUARTE, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 09/08/2010);

“Apelação. Ação de indenização por danos materiais (acidente de veículo). Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Colisão traseira. O

Acesso ao Sumário

condutor que colide na parte traseira de outro veículo é presumivelmente responsável pelos resultados produzidos. Sentença mantida. Apelo a que se nega provimento". (Apelação nº 992.07.0285763, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 28/07/2010).

O raciocínio não é diferente na hipótese de engavetamento.

No caso 'sub judice', observa-se que não há prova hábil a elidir a presunção de culpa do autor na demanda. Ao contrário, as provas existentes nos autos comprovam que agiu com imprudência ao dirigir seu veículo sem manter uma razoável distância do que seguia à sua frente e sem atenção e os cuidados indispensáveis à segurança no trânsito.

O condutor que colide contra parte traseira de um outro veículo que para à sua frente, é porque deixou de empregar as cautelas necessárias e devidas para trafegar com segurança.

Cuida-se de conclusão que pode ser elidida somente em circunstâncias bastante excepcionais, inexistentes na espécie.

Pouco importa o fato de o veículo de propriedade da ré Serra Geral ter freado de forma brusca ou, até, parado em virtude de problema mecânico, pois a manutenção de distância de segurança tem exatamente este objetivo, vale dizer, evitar o choque contra o veículo da frente, na hipótese deste diminuir ou estacar sua velocidade, abruptamente.

Por outro lado, a alegação de que o veículo do autor somente colidiu com o automóvel à sua frente, quando foi atingido na traseira pelo veículo da segunda ré Massavidro, representa versão isolada nos autos, defendida apenas pelo demandante e por uma de suas testemunhas, Ildete Rodrigues dos Santos, que se declarou amiga de longa data do autor. Nada justifica que prevaleça tal versão, em detrimento da tese contrária defendida pelos demais envolvidos no acidente e da própria versão relatada no Boletim de Ocorrência, lavrado pela autoridade policial.

Pelo que consta do BO, o terceiro veículo atingiu o caminhão do autor, quando ele já havia se chocado com o primeiro.

Há que se notar que o depoimento tomado de Carlusandro Sabino da Silva, assistente do autor, que estava no caminhão no momento da colisão, não deixa claro que o acidente efetivamente ocorreu da forma relatada na inicial da ação.

Referida testemunha afirmou que o autor, conduzindo seu caminhão, não conseguiu evitar a colisão com o caminhão que seguia à sua frente: "... *precisou frear bruscamente o seu caminhão porque um caminhão que estava à sua frente praticamente parou na pista. Para evitar a colisão, Domingos fez a manobra. Mesmo com a manobra, ocorreu o engavetamento*". Em continuidade, esclareceu: "... *o caminhão de Domingos bateu na parte traseira do caminhão*

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

que estava na frente praticamente parado e o caminhão que veio atrás bateu na parte traseira do veículo de Domingos e, em seguida ocorreram outros engavetamentos...". (fls. 541).

Há que se ressaltar que os danos ocasionados à traseira do veículo do autor já foram pagos pela seguradora da ré Massavidro, não havendo, portanto, que se falar no reconhecimento de culpa concorrente de qualquer das rés, como pretende o demandante.

Ademais, como bem observou o ilustre Des. Vanderci Alvares, no julgamento do apelo nº 0061094-54.2007.8.26.0114: "*(...) o que não se pode perder de vista, e esse é sempre o principal motivo dos 'engavetamentos' nas rodovias, é que eventos desse porte podem ser evitados quando cada motorista guarda do veículo que segue à sua frente a distância de segurança necessária, justamente para se evitar colisão numa parada abrupta, seja por que motivo for. Colidindo todos, em sequência, também se pode concluir que todos tiveram sua parcela de imprudência, trafegando muito próximos uns dos outros e, eventualmente, em velocidade incompatível para o local*".

Assim, na falta de outros elementos que possam afastar a responsabilidade do autor pelo evento danoso, a improcedência da ação era de rigor.

Assevera AMARAL SANTOS, com o brilhantismo de sempre, que: "*Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato impeditivo, extinto ou modificativo daquele*". (Comentário ao Código de Processo Civil, vol. IV, Ed. Forense, p. 36).

Nesse sentido:

"Reparação de danos. Acidente de veículo. Prova do fato constitutivo. Ônus do autor (CPC, art. 333, I). Ausência de prova quanto à culpa do réu. Inexistência. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº 9131044-82.2006.8.26.0000, Rel. Des. JÚLIO VIDAL, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 22/03/2011).

E ainda:

"De fato, pode desconfigurar a responsabilidade civil o fato de a batida traseira resultar de conduta de outrem que torna o veículo à sua frente mero instrumento lesivo, porquanto tal ação se equipara a força maior, que elide a relação de causalidade entre a conduta do veículo imediatamente atrás e o prejuízo suportado. De início, como destacado pelo Douto Juízo a quo, é presumida a culpa do condutor que colide contra a traseira de outro: Arnaldo Rizzardo, A Reparação nos Acidentes de Trânsito, RT, 1998, ps. 289/290, Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, Saraiva, 1995, ps. 581/585, Ap. n. 0008035-70.2008.8.26.0356, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 27.2.2012, RT 739/415 e JTA 174/260, 171/176, 162/183 e 219, 161/256 e 156/177. Em face de tal presunção, era da apelante o ônus

Acesso ao Sumário

de demonstrar o fato excepcional alegado na contestação, isto é, que não agiu com imprudência e que a ordem fática da existência dos veículos é diversa da constante da inicial, corroborada pelo depoimento constante do B. O. de fls. 9/10 (CPC, art. 333, II). A propósito, confira-se AgRg no REsp n. 535627, rel. Min. Ari Pargendler, j. 27.5.2008. E de seu ônus de prova não se desincumbiu a autora que nenhuma prova produziu nos autos (fls. 101). Oportuna a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem: 'a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, julgar o mérito e colocar fim ao processo. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos'. (Prova, Revista dos Tribunais, 2009, p. 160)" (Apelação nº 0110294-26.2008.8.26.0007, E. 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 20.08.2013).

Dessa forma, não há razão para a reforma da r. sentença, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, sem se olvidar da aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008921-77.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante T.B. S/A, é apelada S.C.M. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.906)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente) e KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 12 de março de 2015.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação cautelar. Exibição de documentos. Autora que pretende compelir operadoras de telefonia móvel a divulgar dados de cliente e conteúdo de mensagens que lhe teriam sido encaminhadas por ele.

Acesso ao Sumário

Alegações genéricas de que as referidas mensagens teriam cunho ofensivo à sua honra, dignidade e decoro. Violação de sigilo de dados e comunicações telefônicas que somente pode ser autorizada mediante a descrição clara de situação que configure infração penal punida com reclusão. Exegese do artigo 5º, XII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 9.296/96. Ação improcedente. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos ajuizada por S.C.M. contra T.B. S/A e C. S/A, que a respeitável sentença de fls. 68/75, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou procedente para condenar as rés a exibirem os documentos postulados pela autora, no prazo de vinte dias, sob pena de busca e apreensão e instauração de processo por crime de desobediência.

Apela a corré T.B. S/A (fls. 80/87) sustentando, em suma, que não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, posto que as mensagens noticiadas pela autora partiram de aparelho de outra operadora. Afirma que está impossibilitada de apresentar as mensagens postuladas, uma vez que não possui controle editorial sobre elas. Pede a reforma da sentença.

O recurso foi preparado (fls. 88), recebido e respondido.

É o Relatório.

A preliminar de ilegitimidade de parte passiva ventilada pela ora apelante não prospera, uma vez que a autora demonstrou a existência de relação jurídica entre as partes, sendo que eventual impossibilidade técnica da operadora em apresentar os documentos postulados é alegação que diz respeito ao mérito.

E quanto a este, independentemente da discussão acima mencionada, o certo é que, não obstante as considerações tecidas na respeitável sentença recorrida, o pedido é improcedente.

Note-se que a autora-apelada pretende compelir as rés, na qualidade de operadoras de serviço de telefonia móvel, a lhe fornecer os dados do remetente e o conteúdo de mensagens de texto que teriam sido encaminhadas para o seu telefone móvel no período de fevereiro de 2013 a fevereiro de 2014, mensagens essas que, segundo consta da exordial seriam "injuriosas, de cunho ofensivo, contra sua honra, dignidade e decoro, o que está lhe causando extremo mal, além de problemas emocionais e familiares" (cf. fls. 03).

Acesso ao Sumário

Ocorre que o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal prevê, expressamente, que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso,

por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Por sua vez, a Lei nº 9.296/96, que regulamente o supramencionado preceito constitucional no que se refere à interceptação telefônica, possui contornos bastante específicos, exigindo que a situação objeto da investigação seja descrita com clareza, afastando a possibilidade de quebra do sigilo sempre que "não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal" (artigo 2º, inciso I), ou quando "o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção" (inciso III).

Nessa conformidade, a pretensão, tal qual deduzida pela autora-apelada, não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente, notadamente porque as alegações lançadas na petição inicial são genéricas e não permitem concluir que a hipótese autorize a quebra do sigilo de dados e comunicações telefônicas, nos moldes autorizados pela lei acima mencionada.

Sobre as informações cadastrais referentes ao serviço de telefonia, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já deixou consignado que:

"Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, endereço. É evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido, é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal pode ter consequências seríssimas; digamos, uma pessoa, um homem, resolva presentear uma moça com linha telefônica que esteja no seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, estabelece, como regra, que o seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados. Da mesma maneira, temos cadastro nos bancos, entretanto, de uso confidencial para aquela instituição, e não para ser levado a conhecimento de terceiros". (**RHC 8.493/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, 6ª Turma, j. 20/05/1999, DJ 02/08/1999, p. 224**).

Este Egrégio Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que:

"Prestação de serviços de telefonia celular - Pretensão de divulgação do nome de cliente que estaria remetendo à autora 'torpedos' que afirma incômodos do ponto de vista moral e emocional - Quebra do sigilo de dados telefônico inadmissível - Ausência de fundamentos relevantes - Improcedência mantida - Recurso improvido". (**Apelação nº 1.053.061-0/6 - Rel. Des. FRANCISCO THOMAZ - 29ª Câm. Dir. Priv. - j. 02/07/2008**).

"AÇÃO COMINATÓRIA - Divulgação de dados de cliente de empresa de telefonia que estaria remetendo mensagens de texto injuriosas à autora - Impossibilidade - Quebra do sigilo de dados telefônicos inadmissível - Ausência de fundamentos relevantes - Inteligência Lei nº 9296/96, art. 5º, XII, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal e Lei nº 9.472/97 - Precedentes jurisprudenciais - Recurso provido para julgar extinto o feito, nos termos do art. 295, III c.c. o art. 267, I, ambos do CPC". (**Apelação nº 0219782-88.2009.8.26.0100 - Rel. Des. LIGIA ARAUJO BISOGNI - 14ª Câm. Dir. Priv. - j. 11/04/2012**).

Firme nesses fundamentos e precedentes, deve a presente ação cautelar ser julgada improcedente, cassando-se a liminar deferida e carreando-se à autora o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, mantido o valor arbitrado na sentença e ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50, diante da gratuidade concedida *initio litis*.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013987-27.2011.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante TIM CELULAR S/A, é apelado CARNEIRO REIS COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. ME.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 11 de março de 2015.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL E INTERNET - PESSOA JURÍDICA - TRANSMISSÃO DE DADOS EM 'ROAMING' INTERNACIONAL - FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO QUANTO AO CUSTO DO SERVIÇO - INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE DEVEDORES - DANO MORAL CARACTERIZADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização

por danos morais, fundada em contrato de prestação de serviços de telefonia, julgada procedente pela r. sentença de fls. 243/247, cujo relatório adoto.

Inconformada, apela a ré insistindo na reforma. Sustenta, em apertada síntese, que é legítima a cobrança referente aos serviços utilizados no exterior na medida em que encontra respaldo no contrato firmado entre as partes, argumentando, ainda, que a autora tinha conhecimento das tarifas referentes à utilização de ***roaming*** internacional. Alega, no mais, a ausência de prática de ato ilícito a ensejar ressarcimento por dano moral. Busca, por isso, a inversão do resultado do julgamento, pleiteando, alternativamente, a redução do ***quantum*** indenizatório e da verba honorária.

Recurso respondido e preparado.

É o relatório.

Nesta Seção de Direito Privado, o art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo, ***verbis***:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

De seu lado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado esse entendimento ao reconhecer "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* ***decisum***". *(REsp. n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp. n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j . de 21.11.2005; REsp. n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp. n° 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).*

No caso, tenho para mim que a r. sentença combatida deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, aqui expressamente adotados, extraindo-se o seguinte excerto do julgado, como razão de decidir, para evitar repetições, ***verbis***:

"(...)

Há relação de consumo, e era da ré o ônus de provar que a autora, consumidora, recebeu informações adequadas e claras sobre o serviço de dados em 'roaming' internacional contratado, e que tinha plena ciência de que o limite de 1 megabyte é bastante restrito, insuficiente para a transmissão de uma única fotografia, e de que o volume de dados excedente a 1 megabyte seria tarifado. Além da verossimilhança das alegações da autora, é evidente sua hipossuficiência técnica, fazendo jus à inversão do ônus da

prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Desse ônus a ré não se desincumbiu, pois não fez prova alguma dos termos da oferta. Intimada sob pena de incorrer na sanção do art. 359 do Código de Processo Civil (fl. 231), a ré não juntou a gravação da conversa telefônica entre o representante legal da autora e a atendente da ré que teria oferecido o pacote 'Tim Connect Fast' de 1 megabyte, afirmando a suficiência deste para atender às necessidades da autora de uso da internet para correio eletrônico, acesso a sites, e GPS, em viagem de lua de mel da sócia da autora ao exterior. Também não apresentou qualquer justificativa para sua inércia (certidão - fl. 232v.). Assim, e com fundamento naquele dispositivo do Diploma Processual, admito como verdadeiro o fato que seria provado por meio do documento que não foi juntado pela ré. Sem referida prova, deve prevalecer o alegado na inicial, isto é, que a autora não foi adequadamente orientada pela funcionária da ré, e que esta a induziu a contratar serviço inadequado para atender a suas necessidades. E a autora não está vinculada ao cumprimento do contrato, no tocante ao pacote internacional de dados, que reputo não constituído de forma válida e eficaz, porquanto a autora, como consumidora, tem o direito de receber informações adequadas e claras sobre o serviço (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, III), bem como à proteção contra métodos comerciais desleais e práticas abusivas no fornecimento de produtos e serviços (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, IV). Prevalecer-se da falta de conhecimento do consumidor para impingir-lhe produtos e serviços é prática abusiva expressamente vedada ao fornecedor (Código de Defesa do Consumidor, art. 39, IV). Assim, a autora não pode ser compelida ao cumprimento de contrato em relação ao qual não obteve da fornecedora adequada e clara informação, que poderia ter levado a consumidora a não contratar o serviço. Faz jus à declaração de inexigibilidade do débito excedente ao preço do pacote de dados de 1 megabyte, que é de R$ 48,00 para cada uma das duas linhas utilizadas no exterior.

A página da internet com orientação aos consumidores sobre os serviços de dados em 'roaming' internacional (fls. 163/164) não contém informação clara e adequada a respeito do volume de dados necessário para suprir as necessidades da autora. E as informações dessa página não vinculam a autora, que tratou diretamente com a funcionária da ré, por telefone.

A autora não era devedora das quantias cobradas pela ré, situação que tentou remediar por meio de reclamações ao Procon, formuladas durante o ano de 2010 (fls. 74/85), sem obter resposta favorável (fls. 86/91). No início de 2011, a ré, indevidamente, inscreveu o nome da autora em cadastros de proteção ao crédito (fls. 94/99). A ré não tratou o caso da autora com a devida atenção, e dessa

Acesso ao Sumário

conduta decorreu a indevida inscrição do nome da consumidora em cadastros de inadimplentes, fato do qual resulta abalo de crédito que faz presumir a ocorrência do dano moral, indenizável segundo o art. 5º, X, da Constituição da República e o art. 186 do Código Civil. A pessoa jurídica, mesmo não sendo titular de dignidade ou decoro, atributos da honra subjetiva inerente ao ser humano, é detentora de honra objetiva, composta por sua imagem, reputação e bom nome, e a violação injusta a sua honra objetiva conduz à obrigação de indenizar. Por essa indenização a ré responde de forma objetiva (Código de Defesa do Consumidor, art. 14). Desnecessária a prova de reflexos materiais porque a indevida inscrição em cadastros de inadimplentes, por si só é suficiente para violar '...o patrimônio ideal que é a imagem idônea, a dignidade do nome, a virtude de ser honesto' (JTJ-Lex 176/77)" *(cf. fls. 244/246).*

Segundo se infere da inicial, a autora contratou junto à ré pacote de dados internacionais com capacidade de 1 (*um*) *megabyte*, pelo valor mensal de R$ 48,00 (*quarenta e oito reais*), para duas linhas móveis.

Sucede que, após a utilização do serviço no exterior pela sócia da requerente, a Tim efetivou cobrança superior a R$ 10.000,00 (*dez mil reais*), sob o argumento de que havia sido ultrapassado o limite ajustado.

Conquanto a ré sustente que a cobrança está de acordo com os serviços previamente contratados, essa assertiva não lhe aproveita na medida em que não se desincumbiu do ônus previsto no art. 333, inciso II, do CPC, não se preocupando em trazer para os autos documento hábil destinado a infirmar a versão posta na inicial.

Intimada a exibir a transcrição da gravação telefônica de conversa mantida entre as partes, a concessionária quedou-se inerte *(cf. fls. 224 e 231/verso)*.

Na verdade, ao disponibilizar o pacote de dados internacionais *(TIM "Connect Fast" em "Roaming" Internacional)*, era dever da empresa de telefonia fornecer à consumidora informações claras e precisas sobre o serviço, a teor dos artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor.

A simples disponibilização de dados no ***site*** da fornecedora não se mostra suficiente na medida em que o dever de informar é cogente e pressupõe o fornecimento de subsídios de forma expressa ao contratante.

Lembro, a propósito, precedentes de lavra deste E. Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"RECURSO - APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA - AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. Relação de consumo configurada. Inversão do ônus da prova. Exegese do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Chamadas efetuadas em 'roaming internacional'. Ante a aplicação da regra

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

da inversão do ônus da prova, uma vez impugnada a cobrança, caberia à ré demonstrar que informou claramente à autora acerca dos serviços que seriam disponibilizados por ocasião da ativação do 'roaming' internacional, bem como os custos da utilização no exterior do serviço de transmissão de dados, ônus do qual não se desincumbiu, de modo que a declaração de inexistência do débito é medida que se impõe. Procedência. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido." *(Apelação com Revisão nº0078152-13.2010.8.26.0002, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcondes D'Angelo).*

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA MÓVEL - RELAÇÃO DE CONSUMO - SERVIÇO DE 'ROAMING INTERNACIONAL' - FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR, ACERCA DO CUSTO DO SERVIÇO - INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO COBRADO - INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE DEVEDORES - DANO MORAL - RECONHECIMENTO - REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I - O fornecedor de bens e serviços tem o dever de informação positiva, devendo passá-la ao consumidor de forma correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa (CDC, art. 31)"*. (Apelação com Revisão nº 0119452-15.2011.8.26.0100, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mendes Gomes).*

Em suma, incumbia à ré o ônus de evidenciar a legitimidade da cobrança, o que não ocorreu, mostrando-se, por isso, incensurável a declaração de inexigibilidade dos valores apontados na fatura emitida, tal como preconizou o ***decisum***.

Por outro lado, a autora foi obrigada a ingressar em juízo para ver excluído seu nome de cadastros restritivos de crédito, situação que persistiu até a prolação da decisão que concedeu a medida liminar em caráter incidental *(cf. fl. 146)*.

O indevido apontamento em cadastro de maus pagadores já é suficiente para o reconhecimento do direito à indenização por dano moral, que nasce do próprio ato irregular e injusto. Nada é necessário provar. O dano ocorre ***in re ipsa***, valendo lembrar que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral, fazendo jus à indenização tanto quanto a pessoa física, ***verbis***:

"A pessoa jurídica pode sofrer dano moral" (Súmula 227 do E. Superior Tribunal de Justiça).

Acesso ao Sumário

No mais, para a estimativa do ressarcimento deve o juiz levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Em consonância com a jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça *"não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em*

conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano". (REsp. n° 700.899-RN, Rel. Min. Humberto Martins).

Sopesadas as circunstâncias preponderantes que envolvem o caso concreto, quais sejam, a capacidade econômica das partes, a extensão do transtorno causado à autora e o grau de culpabilidade da ré, tenho para mim que a quantificação reparatória, estipulada no patamar de R$ 8.000,00 *(oito mil reais)*, mostrou-se adequada para atender ao princípio da razoabilidade, evitando a insignificância da indenização.

A reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem a importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes. A teoria do valor de desestímulo na reparação dos danos morais insere-se na missão preventiva da sanção civil, que defende não só o interesse privado da vítima, mas visa também a devolução do equilíbrio às relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade civil.

Por fim, os honorários advocatícios foram arbitrados dentro dos parâmetros legais *(15% sobre o valor atualizado da condenação, cf. fl. 247 - art. 20, parágrafo 3º, do CPC)*, não comportando, deste modo, a redução perseguida, mesmo porque a profissão de advogado deve ser bem remunerada como qualquer outra, não se justificando a atribuição de honorários minguados, sob pena de configurar atentado à dignidade profissional do causídico.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001737-82.2005.8.26.0060, da Comarca de Auriflama, em que são apelantes/apelados JAMES ERISON CANOVA (JUSTIÇA GRATUITA), EDIVALDO CARRASCO (JUSTIÇA GRATUITA) e JOÃO CARRASCO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados EDSON BENEDITO MIGUEL (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA DE LOURDES FERREIRA PEDRA MIGUEL (JUSTIÇA GRATUITA) e ANGELA MARIA MARTINS AVEQUI (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado/Apelante BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS.

ACORDAM, em 19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32872)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MELO BUENO (Presidente), FELIPE FERREIRA e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 18 de março de 2015.

MELO BUENO, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Preliminar rejeitada - O proprietário do veículo responde solidariamente com o condutor que causou o acidente automobilístico, sendo presumida a responsabilidade do dono da coisa - Veículo que invade a contramão de direção e causa acidente - Não comprovação de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (art. 333, II, CPC) - Reparações devidas - Seguradora que responde até o limite da apólice contratada - Sentença mantida - Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Apelações interpostas contra r. sentença de fls. 392/406, acrescida de embargos de declaração a fls. 438, que julgou parcialmente procedente a ação de reparação de danos materiais e morais, fundada em acidente de veículo.

Os correqueridos, em preliminar, alegam a ilegitimidade passiva dos correqueridos João e Edivaldo; No mérito afirma que a culpa pelo sinistro foi do condutor do veículo dos autores, diante da sua direção agressiva e imprudente; inexistência de comprovação dos danos materiais e estéticos; litigância de má-fé; pretensão de enriquecimento ilícito; ilegitimidade da condenação aos danos morais; nulidade do laudo pericial; alternativamente, aduz a existência de culpa concorrente; pugna pela redução da indenização por danos morais (fls. 410/430).

A seguradora denunciada, por sua vez, alega que o valor a ser reembolsado está limitado ao valor estipulado na apólice; inexistência de solidariedade entre a seguradora e terceiros não integrante da relação contratual; ausência de cobertura para danos morais; alternativamente alega a inexistência de danos morais ou a redução da indenização; sanar omissão na r. sentença a respeito do salvado (fls. 450/456).

Os recursos foram processados e respondidos (fls. 439/443) (fls. 445/449), tendo sido redistribuídos nos termos da Resolução nº 668/2014.

É o relatório.

Inicialmente, o d. magistrado bem afastou a alegação de ilegitimidade

Acesso ao Sumário

passiva dos correqueridos João e Edivaldo, proprietários do veículo. Pois, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que, em se tratando de acidente de trânsito, o proprietário do veículo responde de forma solidária com aquele que o conduzia no momento do sinistro, pelos danos causados a terceiro. Pois, a responsabilização do proprietário do veículo pressupõe o mau uso da coisa, cuidando-se de responsabilidade pelo fato da coisa e o dever do proprietário em cuidar daquilo que lhe pertence.

Superado este ponto, passa-se ao exame de mérito.

A presente ação foi proposta pelos coautores visando haver indenização por danos materiais, morais e estéticos, tendo em vista acidente de veículo ocorrido em 11/10/2003, ocasião em que trafegavam pela Rodovia Feliciano Sales Cunha, Km 565 + 300m, no sentido Auriflama/Guzolândia, quando foram abalroados pelo veículo dos correqueridos, conduzido por James, que saiu de sua mão de direção, invadindo a faixa de rolamento contrária, ocasionando o sinistro. Atribuem a culpa ao condutor do veículo dos correqueridos, por imprudência, ao dirigir em alta velocidade, causando os danos descritos na inicial.

Com efeito, pelo conjunto probatório e pela dinâmica do ocorrido, restou incontestável a culpa do condutor do veículo dos correqueridos no acidente, ao invadir contramão de direção, interceptando a trajetória do veículo dos coautores.

O laudo do Instituto de Criminalística destacou que **"A camioneta trafegava pela rodovia SP 310, no sentido Guzolândia - Auriflama, quando ao atingir o quilometro 565 + 300 metros, invadiu faixa de rolamento contraria à sua mão de direção e colidiu seu vértice anterior esquerdo contra o terço médio do flanco esquerdo do Monza que trafegava no sentido contrário". - concluindo que "Do exposto os peritos concluem que o acidente ocorreu em virtude do condutor da camioneta Ford F 250 ter invadido faixa de rolamento contrário à sua mão de direção e interceptar a trajetória do Monza"** (fls. 25), sendo certo que a alegação de imprestabilidade da prova pericial não comporta acolhida, uma vez que ela foi realizada por perito imparcial, tendo adotado métodos e critérios investigativos idôneos e objetivos.

Outrossim, ausente qualquer prova ou indícios de culpa do condutor do veículo dos coautores, de forma que não se pode cogitar em culpa exclusiva ou mesmo concorrente, não havendo como acolher a pretensão dos correqueridos, a teor do art. 333, II, do Código de Processo Civil, restando isolada a tese de contrariar a versão dada na inicial.

A indenização por danos materiais e morais aos coautores é legítima, portanto, nos termos dos artigos 186 e 929, ambos do Código Civil. Prevalecem incólumes os comprovados pedidos de reparação material com medicamentos comprovados a fls. 59, bem como em relação ao valor do veículo, num total de R$ 6.180,34.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, as indenizações pelos danos morais são cabíveis, eis que configurado o sofrimento e o prejuízo não mensurável do ponto de vista econômico aos coautores, decorrentes das graves lesões que o coautor Edson sofreu com os ferimentos na mão direita, cotovelo esquerdo, corte no couro cabeludo e hematomas na região temporal esquerda, permanecendo horas em coma, bem como por ter permanecido preso a ferragens do automóvel; Igualmente, evidente os danos morais sofridos pelas coautoras Maria de Lourdes e Ângela, diante da situação de presenciar o ocorrido, e, inclusive, por ficarem presas também às ferragens.

Deste modo, em atenção a jurisprudência e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, as indenizações pelos danos morais suportados pelos coautores, fixadas na r. sentença recorrida, em R$ 25.000,00 ao coautor Edson e R$ 4.000,00 para cada uma das coautoras, não comporta modificação pretendida.

Destarte, a seguradora, denunciada à lide, deve ressarcir os prejuízos acarretados aos coautores, observados os limites da apólice contratada pelo denunciante, não prosperando a tese da seguradora de que não há previsão para indenização por danos morais. Pois, a apólice consta cobertura para danos ‘materiais’ e ‘corporais’ - categorias de danos que compreendem os ‘danos pessoais’ -, sem a expressa exclusão dos danos morais (fls. 104). Essa controvérsia, a propósito, já se encontra pacificada na jurisprudência, sendo objeto da Súmula nº 402 do C. Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: **“O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão”**. Ressalte-se que o manual do segurado por se tratar de documento genérico não tem o condão de afastar referida cobertura. Confira-se a jurisprudência desta C. Corte:

> **“APELAÇÃO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. CONTRATO DE SEGURO. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA DE COBERTURA PARA DANOS MORAIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO ÂMBITO JUDICIAL, CUJO ÔNUS A SEGURADORA DENUNCIADA NÃO SE DESINCUMBIU. SIMPLES ALEGAÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR O DIREITO DOS RÉUS. APÓLICE CARREADA AOS AUTOS QUE ESTIPULA COBERTURA CONTRATUAL DE DANOS CORPORAIS. DEVER DE INDENIZAR, OBSERVADO O LIMITE MÁXIMO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO. MATÉRIA SUMULADA PELO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DOS RÉUS NESTA PARTE PROVIDO. A seguradora-denunciada não comprovou, no âmbito judicial, disposição expressa contida no manual do segurado de que no contrato existe cláusula específica de exclusão dos danos morais. Em mera declaração, sem respaldo em nenhum documento, a seguradora alegou que tal**

Acesso ao Sumário

cobertura não foi contratada. Como alegou fatos novos, cabia a ela apresentar prova documental colocada ao seu alcance, pois é seu interesse que esse direito não fosse reconhecido, mas, como afirmado, não se desincumbiu do ônus, nos termos do art. 333, II, do CPC. Na apólice carreada aos autos pelos réus, verifica-se que há cobertura de risco por danos corporais que, segundo firme jurisprudência do STJ, para fins de indenização securitária, estão compreendidos também os danos morais. Por isso, incide, no caso, a aplicação da Súmula 402 do STJ[1].”

Cumpre observar, todavia, que não obstante a ausência de solidariedade entre os correqueridas e a seguradora, a execução dos valores poderá ser feita diretamente pelos coautores contra a denunciada, que responderá nos limites da apólice contratada, em observância a função social do contrato de seguro e o merecido prestígio devido aos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade processual, conforme já decidido pelo C. STJ, em sede de recurso repetitivo[2]. E, em contrapartida, é dos coautores a obrigação de entregar à seguradora os documentos necessários para a transferência do veículo salvado, livres de quaisquer ônus.

Deste modo, a r. sentença recorrida não comporta modificação, devendo ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, com a observação supra.

Ante o exposto, **nego provimento aos recursos, com observação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037503-69.2011.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes ANTONIO ABDULMASSYH ESPER KALLAB (E OUTROS(AS)), ANTONIO CARLOS GOMES, ANTONIO CARLOS TROCOLI SICHIEROLLI, ANTONIO LOPES MARTINS, ARNOLFO VICENTE DE FIGUEIREDO, DAGHER ABDALLA ABRAHAO, JOSE GILBERTI CHICARONI, LUIZ CARLOS FERREIRA, RENE FERNANDO SURJUS e RUBENS BONFIM, é apelado BANESPREV FUNDO BANESPA DE SEGURIDADE SOCIAL.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

---

1 Apelação nº 0001108-32.2008.8.26.0698 - Rel. Des. ADILSON DE ARAUJO - J.05/08/2014.

2 RECURSO ESPECIAL Nº 925.130 - SP - Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO - S2 - J. 08/02/2012.

nº 18.494)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 24 de março de 2015.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

> **Ementa: APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. AÇÃO DE COBRANÇA. DEMANDA POSTULANDO A INCORPORAÇÃO DO AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO NO CÁLCULO DA APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA INDENIZATÓRIA E NÃO SALARIAL. PREVALÊNCIA DO EQUILÍBRIO ATUARIAL. RECURSO IMPROVIDO. O acervo probatório coligido nestes autos conduz a seguro juízo de certeza de que os autores não fazem jus ao benefício do auxílio-cesta-alimentação. Este tem natureza jurídica indenizatória e não remuneratória.**

VOTO

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por **ANTÔNIO ABDULMASSYH ESPER KALLAB, ANTÔNIO CARLOS GOMES, ANTÔNIO CARLOS TROCOLI SICHIEROLLI, ANTÔNIO LOPES MARTINS, ARNOLFO VICENTE DE FIGUEIREDO, DAGHER ABDALLA ABRAHÃO, JOSÉ GILBERTE CHICARONI, LUIZ CARLOS FERREIRA, RENE FERNANDO SURJUS e RUBENS BONFIM**, em face da seguradora **SANTANDERPREVI - SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA**, alvitrando a integração do auxílio-cesta-alimentação à aposentadoria dos autores (fls. 02/16).

Por r. sentença, cujo relatório adoto, julgou-se **improcedente** a ação. Sucumbentes, os autores foram condenados a suportar o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa (fls. 560/560vº a 563).

Inconformados, recorrem os acionantes, clamando pela reforma do r. *decisum*. Afirmam que a r. sentença afronta a Constituição Federal, a CLT, as convenções coletivas de trabalho e a legislação de regência do seguro complementar privado. Sustentam que a verba sob a rubrica reclamada - auxílio-cesta-alimentação - tem natureza jurídica salarial; remuneratória, pois,

Acesso ao Sumário

e não indenizatória; não se trata de prestação recebida *in natura*. Trazem farta jurisprudência das Cortes juslaboristas, deste Sodalício e também do STJ. Por fim, prequestionam a matéria. Querem, pois, o acolhimento do recurso, para o fim de se reformar a r. sentença, julgando-se procedente o pedido, nos termos pleiteados, com inversão do ônus sucumbencial (fls. 565/584).

Preparado (fls. 610/611 e 615), o recurso de apelação foi recebido (fls. 616), processado e contrariado (fls. 618/634).

Distribuído à Colenda 9ª Câmara da Seção de Direito Público, ao eminente Rel. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR (fls. 639), a douta Turma Julgadora, em 14/11/2012 anulou de ofício a r. sentença e determinou a remessa dos autos à Justiça do Trabalho de primeiro grau (fls. 643/647).

Em vista disso, a 2ª Vara do Trabalho de Franca suscitou conflito de competência junto ao STJ (fls. 655/655vº a 656vº).

Como os autos retornaram ao Juízo de origem, este determinou sua subida à Colenda 9ª Câmara de Direito Público (fls. 679/680).

Assim, já na Colenda 9ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria do eminente Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR, a douta Turma Julgadora, por unanimidade, em 02/4/2014, afastou a anulação da sentença e não conheceu do recurso com determinação de remessa dos autos a uma das Câmaras da 1ª Subseção da Seção de Direito Privado (fls. 685/689).

Distribuídos ao Exmo. Des. RUI CASCALDI, da Colenda 1ª Câmara da Seção de Direito Privado I (fls. 692), a douta Turma Julgadora, por v. u., não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras integrantes da 3ª Subseção de Direito Privado (fls. 696/705).

É o relatório.

Por primeiro cumpre mencionar que a existência de relação obrigacional entre as partes contendoras resulta incontroversa, porquanto o farto acervo probatório coligido nos autos bem a demonstra e, a par disso, nenhuma delas a nega.

Sem razão, contudo, os autores, aqui recorrentes.

O cerne da discussão trazida à apreciação desta Corte de Justiça diz respeito, em síntese, à natureza jurídica do benefício conhecido como auxílio-cesta-alimentação. Caso se conclua por sua natureza remuneratória (salarial), ter-se-á de concordar que os inativos a ela fazem jus tanto quanto aqueles ainda ativos no labor. Caso se firme sua natureza indenizatória, os inativos ficam excluídos, não se podendo falar em isonomia, já que as situações e condições não guardam relação de igualdade.

À propósito, da Súmula nº 680 do Pretório Excelso, extrai-se:

"O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos".

Acesso ao Sumário

O MM. Juiz, com rara clareza, consignou:

"Na espécie tratada, não se pode esquecer que os autores pretendem complementar sua aposentadoria com a verba correspondente ao auxílio cesta-alimentação, contudo, com relação a ele não contribuíram ao longo de sua permanência no plano complementar de previdência e, via de consequência, nenhum benefício poderá ser concedido sem ter sido constituída, previamente, a sua receita" (fls. 562).

Anote-se, por oportuno, que o compulsar dos autos e da legislação de regência - incluindo-se o Regulamento da Previdência Privada Complementar (fls. 66/91), as Convenções Coletivas de Trabalho (fls. 92/170) e os Aditivos do Acordo Coletivo de Trabalho (fls. 171/248) - é firme em demonstrar que o auxílio cesta-alimentação tem caráter indenizatório, e não remuneratório. E, uma vez que assim é, não se pode estendê-lo aos inativos.

Todos os regramentos indicados nestes autos convergem no sentido de que o referido benefício é para os trabalhadores em atividade e para aqueles que tiveram suspenso seu contrato de trabalho em razão de enfermidade e/ou acidente. Não o é, pois, para aqueles que tiverem desfeito o contrato de trabalho, como no caso de aposentação.

Aliás, em situação análoga, porém no mesmo sentido desta, com rara maestria o Des. J. M. RIBEIRO DE PAULA, asseverou:

"O auxílio cesta-alimentação destina-se a indenizar aqueles trabalhadores ativos do Banco do Brasil para realizarem suas refeições diárias, não se pode conceber a integração desse benefício aos proventos dos inativos, que não estão sujeitos ao desgaste causado pela atividade laborativa.

Forçoso reconhecer que tal benefício, por ter natureza indenizatória, não salarial, não se estende aos inativos. Nesse sentido, decisões em recursos repetitivos do STJ:

'*O auxílio cesta-alimentação, parcela concedida a título indenizatório aos empregados em atividade, mediante convenção coletiva de trabalho, não se incorpora aos proventos da complementação e aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada' (REsp nº 1.207.071-RJ, 2ª Seção, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, j. em 27/6/2012)*" [TJSP, Apelação Cível nº 9068283-10.2009.8.26.0000, Voto nº 15.999, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Rel. Des. J. M. RIBEIRO DE PAULA, j. em 17/6/2014].

E, neste encadeamento de ideias, extrai-se da jurisprudência do Colendo STJ, dentre tantas outras, a seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO A INCORPORAÇÃO DO AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO NO CÁLCULO DA APOSENTADORIA COMPLEMENTAR - ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO

Acesso ao Sumário

NEGANDO PROVIMENTO AO REGIMENTAL, MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECERA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DO FUNDO DE PENSÃO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, JULGANDO IMPROCEDENTE A PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL.

INSURGÊNCIA DOS PARTICIPANTES/ASSISTIDOS.

1. (...).

Hipótese em que assente no acórdão embargado que a jurisprudência da Segunda Seção, firmada no âmbito de recurso especial representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC), é no sentido da impossibilidade de extensão do auxílio cesta-alimentação aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada, em razão de sua natureza eminentemente indenizatória (e não salarial), da ausência de inclusão prévia no cálculo do valor da contribuição para o plano de custeio do benefício e da vedação expressa contida no artigo 3º da Lei Complementar nº 108/2001 (...).

Desse modo, as assertivas formuladas pelo embargante, no afã de rediscutir a extensibilidade da referida verba, traduzem manifesto intuito infringente, pretensão inviável no âmbito dos aclaratórios" (EDcl no AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 22.556-SE, Rel. Min. MARCO BUZZI, j. em 23/9/2014).

Por derradeiro, afinado a este diapasão, mostra-se de bom alvitre transcrever parte da ementa do brilhante voto da Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, do Colendo STJ, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR PAT. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. SÚMULA 98/STJ. RECURSO REPETITIVO.

(...).

3. O auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei nº 6.321/76 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para os empregados em atividade, não tem natureza salarial, tendo sido concebido com o escopo de ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho. Sua natureza não se altera, mesmo na hipótese de ser fornecido mediante tíquetes, cartões eletrônicos ou similares, não se incorporando, pois, aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada (Lei nº 4.418/85, Decreto nº 05/91 e Portaria nº 03/2002).

4. A inclusão do auxílio cesta-alimentação nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

previdência privada encontra vedação expressa no art. 3º, da Lei Complementar nº 108/2001, restrição que decorre do caráter variável da fixação desse tipo de verba, não incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição Federal, art. 202 e Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001).

(...).

6. Recurso especial provido." (REsp nº 1.207.071/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 08/8/2012).

Por derradeiro, revela-se desnecessário o alardeado prequestionamento da matéria, visto que em nenhum momento no curso da lide ocorreu violação, negativa de vigência, menoscabo, vilipêndio ou qualquer outra forma de aviltamento à legislação de regência e, muito menos, à Constituição Federal.

Portanto, a r. sentença deve ser preservada por seus próprios e por estes fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso de apelação dos autores.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 4000331-23.2013.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que é embargante EVERGREEN MARINE CORPORATION (TAIWAN) LTDA., é embargado PENINA ALIMENTOS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos, com aplicação de multa. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.942)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 10 de março de 2015.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no V. Acórdão. Recurso com caráter apenas infringente. Inadmissibilidade. Embargos rejeitados, com aplicação de multa.

Os embargos de declaração têm por finalidade a eliminação de obscuridade, omissão, dúvida ou contradição. Não são meio próprio para revisão do que decidido.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos ao V. Acórdão de fls. 192/196, que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso da autora para anular a sentença e determinar o recebimento da inicial com o regular seguimento da ação.

Recorre a autora (fls. 01/03 do apenso) manifestando-se pela existência de omissão no julgado, uma vez que não houve o julgamento da ação nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Os embargos não têm razão de ser, porque no V. Acórdão não há obscuridade, contradição ou omissão alguma. Tudo foi considerado e fundamentado de modo claro, estando o julgamento completo.

Na verdade, o móvel do recurso não é a imperfeição do julgado, mas o inconformismo com o seu resultado. Contudo, "Os embargos declaratórios não consubstanciam meio próprio à revisão do que decidido" (STF - ED/RE nº 160.381-3 - 2ª Turma - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RT 721/335).

E em função do pedido, que é o que interessa, vê-se do V. Acórdão que, de forma exauriente, foram examinadas a fundo as questões postas em julgamento, restando incabível a aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

A aplicação do instituto da "causa madura" depende da extinção do processo <u>sem</u> julgamento do mérito e desde que a causa verse exclusivamente sobre questão de direito.

Ora, o desfecho da causa com base no art. 285-A do CPC, como foi o caso dos autos, sempre será com o julgamento do mérito, uma vez que depende da "total improcedência" de decisões anteriores para a sua aplicação.

Em segundo lugar, aplicar o art. 515, § 3º, do CPC, como pretende a embargante, seria contraditório, já que a determinação para o recebimento da inicial se deu justamente porque o caso em análise (sobre-estadia de *container*)

Acesso ao Sumário

não é matéria exclusivamente de direito, restando consignado no V. Acórdão que "tais negócios ou situações jurídicas variam enormemente entre si, dependendo das pessoas, valores, prazos e outras circunstâncias. Tudo, então, faz diferença e daí a necessidade de exame caso a caso, ainda que ao final possam eventualmente vir a coincidir soluções que também caibam noutros casos." (fls. 195)

Logo, não cabendo nenhum provimento integrativo-retificador, querendo, poderá a parte vencida deduzir seu inconformismo por outra via, se entende que houve má apreciação do fato ou inadequada aplicação do direito.

Isso posto e pelo mais que dos autos consta, rejeito os embargos de declaração, mantendo integralmente o V. Acórdão.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0013847-90.2005.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante WILL CESAR YONASHIRO, é embargado ERONILDES GARCIA DOS SANTOS (INTERDITO) (CURADORA: MARIA MAGNÓLIA SANTOS).

ACORDAM, em 11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, rejeitaram os embargos, vencido o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.665)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, LEONEL COSTA, EDGARD ROSA e BONILHA FILHO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

FELIPE FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Uma vez demonstrada a responsabilidade do condutor do veículo no acidente que causou o atropelamento

narrado nos autos, deixando a vítima em estado vegetativo, de rigor a condenação ao pagamento da indenização pelos danos morais pleiteada. Embargos infringentes rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos infringentes com lastro no voto vencido do eminente Des. Leonel Costa de fls. 1328/1332 que, divergindo da douta maioria, negava provimento ao apelo do embargado Eronildes Garcia dos Santos.

Em apertada síntese, alega a embargante que deve prevalecer o voto vencido, pois o embargado não se desincumbiu de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito. Aduz que não nega a ocorrência do acidente, mas a decisão contida no v. acórdão vencedor está divorciada das provas contidas nos autos. Entende que não há elementos aptos que façam presumir a condução da motocicleta em alta velocidade e que a simples celebração de acordo extrajudicial não significa que assumiu a responsabilidade pelo acidente, pois tal ato se deu por mera liberalidade e compaixão. Tece considerações acerca dos requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, ressaltando que no presente caso não houve caracterização de ato ilícito de sua parte.

Salienta, ainda, que o relato contido na investigação policial trouxe a informação de que o acidente ocorreu fora da faixa de pedestres, o que por si só demonstra a imprudência do próprio embargado, além de ter restado comprovada a deficiência visual do mesmo que o levou a ser aposentado por invalidez, o que o impediria de transitar sozinho pelas ruas. Requer seja dado provimento ao presente recurso para prevalecer o voto vencido que negava provimento ao recurso de apelação interposto pelo embargado.

Recebido e regularmente processado, não tendo o embargado apresentado sua resposta, encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Os embargos infringentes não merecem acolhimento, devendo ser mantido o voto majoritário da lavra do insigne Desembargador Edgard Rosa, que deu provimento parcial ao recurso de apelação do autor para julgar parcialmente procedente a ação e condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 181.000,00.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito, onde o autor pretende o recebimento das indenizações em razão da culpa do réu pelo grave acidente que o deixou em estado vegetativo.

Observa-se que o cerne da controvérsia dos presentes embargos está na configuração ou não da culpa por parte do embargante ao atingir o embargado com sua motocicleta, bem como se o acordo extrajudicial firmado com familiares

Acesso ao Sumário

da vítima teria o condão de confessá-la.

Pela análise detida dos autos observa-se que após a ocorrência do acidente, o embargante firmou com a filha do autor um acordo extrajudicial no sentido de efetuar pagamento de indenização por danos materiais, morais, perdas e danos e pensão vitalícia no montante total de R$ 6.000,00, com a ressalva da renúncia a qualquer direito de ação com o fim indenizatório (fls. 23/25).

Em que pesem as alegações do embargante, há que se admitir que o acordo celebrado entre o réu e a família do autor implica em verdadeira confissão de culpa, uma vez que não se mostra crível a assertiva de que o ora recorrente apenas agiu por mera liberalidade e compaixão.

Ora, se de fato o embargante tivesse a plena certeza de sua inocência não teria exigido a celebração formal de um acordo extrajudicial onde efetua pagamento de quantia à família da vítima a título de indenização, onde fez consignar a renúncia expressa ao direito de propor ação de indenização.

Importante ainda esclarecer que em razão do acidente o autor teve sua capacidade cognitiva comprometida, sendo que à época da celebração do acordo extrajudicial, sua interdição ainda não havia sido decretada judicialmente, de modo que não tinham sua esposa e sua filha qualquer poder para representá-lo.

Além disso, como bem lançado no voto vencedor, se o próprio embargante afirma que pode visualizar o autor caminhando pela calçada antes de iniciar a travessia da via é evidente que se não estivesse em alta velocidade poderia ter freado a fim de evitar o atropelamento, fato este que não ocorreu.

Nesse esteio, veja-se o entendimento esposado pela douta maioria, nos seguintes termos:

"No caso concreto, o réu entabulou acordo com a companheira e filha da vítima, dispondo-se a indenizar, o que implica verdadeira confissão de culpa.

São os seguintes os termos do acordo:

'TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL.'

De um lado WILL CESAR YONASHIRO...

De outro ERONILDES GARCIA DOS SANTOS, MARIA MAGNÓLIA SANTOS e LUANA GARCIA DOS SANTOS...

Considerando que o ACORDANTE e o ACORDADO Eronildes Garcia dos Santos se envolveram em acidente de trânsito, na data de 04 de março de 2003;

Considerando que todos tem interesse na composição amigável dos danos do referido acidente, as partes resolvem acertar o que segue:

O ACORDANTE pagará aos ACORDADOS a quantia de R$ 6.000,00, a título de indenização por todos os danos materiais, morais, perdas e

Acesso ao Sumário

danos e pensão vitalícia sofridos em razão do acidente ocorrido em 04 de março de 2003. O pagamento será feito da seguinte forma.

(...)

Em razão da quitação ora efetuada, os ACORDADOS, de modo expresso, renunciam, a qualquer direito de ação com o fim indenizatório (danos morais, materiais, perdas e danos), visando o recebimento de pensão vitalícia, ou qualquer valor que entendam devido em razão do acidente havido entre as partes.

Subscreveram o acordo o réu/apelante, a companheira, a filha e, a rogo do autor/apelante, sua companheira. Trata-se de acordo de quitação bastante abrangente, a despeito de diminuta a quantia envolvida.

O acordo encerra confissão de culpa do condutor da motocicleta, que em defesa no processo alegou (mas não provou) a culpa exclusiva da vítima.

Conforme o próprio réu/apelante discorre em sua defesa, 'o autor caminhava pela calçada da direita, sentido Bairro-Centro, quando, repentinamente, e de forma imprudente e negligente, adentrou na via para atingir o canteiro central da avenida (outro extremo).'

Ora, visualizado o pedestre nessa situação de iniciar travessia, o condutor da máquina deve, sempre, redobrar a atenção e diminuir a marcha, ou mesmo parar para dar passagem.

Estivesse o motociclista realmente em velocidade abaixo daquela indicada para o local (50 km/h) e poderia ter evitado o acidente, sobretudo se considerado o aspecto fulcral de que viu o pedestre com antecedência.

...

Não há prova de que o autor tenha ingressado no logradouro de forma inesperada, a ponto de não permitir ao condutor da moto a frenagem e imobilização.

...

Não se desincumbindo do ônus de provar que o atropelamento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, além de ter admitido a sua responsabilidade civil quando realizou transação extrajudicial, deve o réu/apelado responder pelos danos causados em razão do evento.

Quanto à renúncia ocorrida em relação ao direito material em razão do acordo extrajudicialmente realizado, é possível assentar que tal ajuste não possui validade no tocante à vítima, na medida em que ela estava destituída de qualquer capacidade cognitiva ao tempo em que firmada a avença (15 de agosto de 2003), inclusive se considerada a propositura de ação de interdição logo em seguida, no dia 30 de setembro de 2003 (fls. 29).

O prontuário médico do autor foi requisitado e juntado aos autos (fls. 64/791). Por ele e mais precisamente pelo resumo da alta concedida em 6 de julho de 2003, de seu histórico clínico anterior, consta que:

'Paciente deu entrada devido a um politrauma (TCE + Frs arcos costais + Fr exposta do úmero e fíbula). Evoluiu com choque hipovolêmico revertido. Evolui com AVC isquêmico ficando acamado e durante a internação com múltiplos focos de infecção.'

Consta do relatório médico de fls. 26, o seguinte quadro: 'O paciente Eronildes Garcia dos Santos foi vítima de politrauma e evolui com AVCi durante internação hospitalar. Passou em 1ª consulta médica nesta instituição em 07/11/03 totalmente dependente para AVDs (atividade de vida diária), tetraplegia com múltiplas deformidades.'

Outro relatório de fls. 28, aponta alteração cognitiva grave devido a um TCE (Cid=T90.5) e AVC (I69.4), ocorridos em 03/2003.

Tais intercorrências são bastante contundentes no sentido de que o autor/apelante, quando do acordo celebrado pela companheira e filha, não dispunha de qualquer discernimento para compreender o que estava contido na transação, já que, naquele momento, era portador de grave alteração cognitiva.

Sendo assim, destituído de validade em relação à vítima o acordo realizado, descabe cogitar de renúncia conforme, aliás, ficou bem decidido (cf. fls. 1.156/1.157)."

Quanto à alegação de que o autor padecia de problemas visuais e, portanto, não poderia estar caminhando desacompanhado, não nos parece que tal fato retire a responsabilidade do embargante na medida em que, como já dito anteriormente, o mesmo visualizou o pedestre antes de iniciar a travessia da via e, portanto, poderia ter freado ou até mesmo desviado para não atingi-lo.

Além disso, inexiste qualquer comprovação nos autos de que a condição visual do embargado foi causa determinante para a ocorrência do acidente.

E em relação à condenação pelos danos morais, reconhecida no v. acórdão ora embargado, é evidente a sua caracterização, pois se em razão do acidente o autor suportou sequelas gravíssimas como a paraplegia e o comprometimento cognitivo, se encontrando em estado vegetativo, inegável o abalo sofrido passível de indenização.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, uma vez demonstrada a responsabilidade do condutor do veículo no acidente que causou o atropelamento narrado nos autos, deixando a vítima em estado vegetativo, de rigor a condenação ao pagamento da indenização pelos danos morais pleiteada.

Ante o exposto, rejeito os embargos infringentes para, acompanhando o voto majoritário, confirmar a parcial procedência ao apelo do autor, julgando a

ação parcialmente procedente, nos exatos termos do v. acórdão embargado.

Impugnações ao Valor da Causa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Impugnação ao Valor da Causa nº 0015909-63.2015.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é impugnante CAMILLE CURI, são impugnados RENATO MOZART BONIFÁCIO e MARIA LUIZA MILANI DO VALLE MOZART.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram parcialmente a Impugnação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1911)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente), MELO COLOMBI, CAUDURO PADIN, THIAGO DE SIQUEIRA, LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 23 de março de 2015.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Valor da causa - Impugnação - Ação rescisória de acórdão - Verificação de discrepância entre o valor atribuído e aquele que resultaria de uma atualização do valor dado aos embargos de terceiro cuja apelação foi julgada pelo acórdão rescindendo - Ausência, porém, de apresentação do preciso valor correspondente ao benefício econômico pretendido pelos impugnados - Ônus exclusivo do impugnante, do qual deveria se desincumbir com lastro em subsistente prova documental - Incidente parcialmente procedente - Valor da causa que deve corresponder ao valor da ação originária atualizado monetariamente desde a data da distribuição daquela até a da presente ação rescisória, conforme os índices apontados na Tabela

Acesso ao Sumário

Prática deste E. Tribunal de Justiça - Necessidade de complementação do recolhimento das custas iniciais e do depósito exigido no inciso II do artigo 488 do Código de Processo Civil - Impugnação parcialmente acolhida.

VOTO

Trata-se de impugnação ao valor da causa apresentada por CAMILLE CURI, em apenso a ação rescisória proposta por RENATO MOZART BONIFÁCIO e sua esposa MARIA LUIZA MILANI DO VALLE MOZART BONIFÁCIO para rescindir v. acórdão de julgamento da Apelação nº 0028223-70.2011.8.26.0068 pela 13ª Câmara de Direito Privado.

A impugnante alega que os autores ajuizaram a ação rescisória para tentar reverter julgamento de improcedência de embargos de terceiro opostos para livrar os 50% (cinquenta por cento) que teriam adquirido de imóvel objeto de penhora determinada em processo executivo; e que, ao invés de atribuírem à causa um valor correspondente ao benefício econômico perseguido, optaram por quantificá-la em R$ 35.066,62 (trinta e cinco mil, sessenta e seis reais e sessenta e dois centavos), valor defasado porque idêntico ao da execução datada do ano de 2005, sem atualização monetária e incidência de juros.

Reputa injustificada a quantificação, ainda mais diante da multa estabelecida no artigo 488 do Código de Processo Civil e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e entende que caberia aos autores atribuírem à causa valor consentâneo ao proveito econômico pretendido, ou seja, a metade do valor de mercado do imóvel ou mesmo aquele supostamente pago na aquisição, corrigido monetariamente.

Requer a procedência da impugnação para adequação do valor da causa e determinação de correto recolhimento das custas judiciais iniciais e complementação do depósito da multa do artigo 488.

Os autores-impugnados se manifestaram pela improcedência do incidente e manutenção do valor atribuído à ação rescisória, que teria sido quantificado com base naquele relativo ao feito executivo originário, cujo acórdão se pretende rescindir, atualizado pelos índices oficiais da Corregedoria Geral de Justiça, conforme decidido em precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

As partes não se opuseram à realização de julgamento virtual (Certidão, fls. 207).

É o relatório.

O valor atribuído à ação rescisória de acórdão deve corresponder ao valor atualizado da demanda submetida ao julgamento colegiado rescindendo, salvo

Acesso ao Sumário

quando houver comprovação do descompasso entre aquele valor tomado como base e o benefício econômico pretendido pelo autor, hipótese em que este deve prevalecer.

E tal comprovação cabe ao impugnante, mediante precisa demonstração do correto valor, quantificado com base em apropriada documentação acostada à peça inaugural do incidente.

Tal entendimento deriva daquele pacificado em precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais se destacam (com grifos nossos):

"PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. ALEGADA ISENÇÃO NO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO STJ POR SE TRATAR DE ASSOCIAÇÃO AUTORA QUE PROPÔS AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 18 DA LEI N. 7.347/1985 (LACP) E 87 DA LEI N. 8.078/1990 (CDC). APLICAÇÃO DO ARTIGO 111 DO CTN PARA AFASTAR, EM PRINCÍPIO, A ALEGADA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA, NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE DISPONHA SOBRE O RECOLHIMENTO DE CUSTAS NESSE TIPO DE INCIDENTE PROCESSUAL. TRIBUTO NÃO DEVIDO PARA IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. RESCISÓRIA. VALOR DA AÇÃO PRINCIPAL ATUALIZADO MONETARIAMENTE. BENEFÍCIO ECONÔMICO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. (...)

2. (...)

3. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, em sede de ação rescisória, o valor da causa, em regra, deve corresponder ao da ação principal, devidamente atualizado monetariamente; exceto se houver comprovação de que o benefício econômico pretendido está em descompasso com o valor atribuído à causa, hipótese em que o impugnante deverá demonstrar, com precisão, o valor correto que entende devido para a ação rescisória, instruindo a inicial da impugnação ao valor da causa com os documentos necessários à comprovação do alegado.

4. Impugnação ao valor da causa julgada improcedente."

(Pet nº 9.892/SP - Segunda Seção - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - j. 11.02.2015, DJe 03.03.2015)

"VALOR DA CAUSA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

1. (...)

2. O valor da causa em ação rescisória deve corresponder ao da ação originária, corrigido monetariamente, e na hipótese de discrepância entre o valor da causa originária e o benefício econômico buscado na

Acesso ao Sumário

rescisória, este último deve prevalecer.

3. Segundo a jurisprudência do STJ, na ausência de definição quanto ao valor econômico efetivamente perseguido na ação rescisória é possível ao demandante da rescisória indicar um valor provisório, passível de posterior adequação ao valor apurado pela sentença ou no procedimento de liquidação. Precedentes do STJ: REsp 591351/DF, desta relatoria, DJ de 21.09.2006; RESP 363445/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 01.04.2002; RESP 120307/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 09.12.1997 e RESP 180842/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.11.1998.

4. (...)

5. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp nº 1.358.494/PA - Quarta Turma - Rel. Min. Marco Buzzi - j. 03.02.2015, DJe 12.02.2015)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR DA CAUSA. VALOR DA AÇÃO ORIGINÁRIA OU DO BENEFÍCIO ECONÔMICO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VALOR DA CAUSA. PROVEITO ECONÔMICO PERSEGUIDO PELA PARTE EMBARGANTE. DESLEALDADE PROCESSUAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. DECISÃO MANTIDA. 1. (...)

2. O valor da causa em ação rescisória deverá corresponder ao da ação originária, corrigido monetariamente, ou, havendo discordância entre o valor da causa originária e o benefício econômico buscado na rescisória, prevalecerá este último.

3. (...) Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp nº 1430531/AL - Segunda Turma - Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.03.2014, DJe 31.03.2014)

“DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. BENEFÍCIO PATRIMONIAL A SER OBTIDO EM CASO DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO. PREVALÊNCIA SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA ORIGINAL. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE POR MAIORIA DE VOTOS. DEPÓSITO COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. *O valor da ação rescisória deve ser, em regra, o valor da ação originária, monetariamente corrigido. Verificado, na espécie, que o conteúdo econômico almejado com a propositura da ação rescisória é maior, deverá ele prevalecer.*

2. Tendo sido julgada improcedente a ação rescisória, por maioria de votos, e não por unanimidade, na mesma sessão de julgamento em que foi dado parcial provimento a impugnação ao valor da causa, torna-

Acesso ao Sumário

se descabida a exigência de realização do depósito complementar, em respeito aos princípios da celeridade e da efetividade processual. Inteligência do art. 488, II, do CPC.

3. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos.”

(EDcl na Pet nº 5541/SP - Terceira Seção - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJe 11.02.2010)

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - CORRESPONDÊNCIA COM PROVEITO ECONÔMICO PRETENDIDO PELO AUTOR - ÔNUS DO IMPUGNANTE.

1. Em sede de ação rescisória, o valor da causa, em regra, deve corresponder ao da ação principal, devidamente atualizado.

2. Viabilidade que se tome como parâmetro para fixação do valor da causa o montante do proveito econômico pretendido pelo autor. Ônus do qual não se desincumbiu o impugnante.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg na AR nº 4.277/DF - Primeira Seção - Rel. Min. Eliana Calmon - DJe 10.11.2009)

Verifica-se que, no caso em tela, os impugnados deram à ação rescisória ajuizada em 10.09.2014 o valor de R$ 35.066,62 (trinta e cinco mil, sessenta e seis reais e sessenta e dois centavos), idêntico ao do feito executivo proposto pela impugnante em face de Jorge Fernandes Castro em 04.11.2005 (cf. fls. 38/49).

E que o aludido valor não pode ser o resultante da atualização daquele atribuído aos embargos de terceiro e mantido com a rejeição de impugnação arguida (fls. 58/60): R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), conforme relatado na r. sentença de procedência reformada pelo v. acórdão rescindendo (cf. fls. 52/56 e 63/70).

Por outro lado, a impugnante não se desincumbiu do ônus de apresentar o preciso valor correspondente ao benefício econômico pretendido pelos impugnados nos seus embargos de terceiro, lastreado em subsistente prova documental.

Trata-se de dever exclusivo do impugnante, isto é, da parte que, demandada, questiona o critério utilizado pelo proponente da ação judicial para atender o requisito do inciso V do artigo 282 do Código de Processo Civil, como enfatizado pela jurisprudência.

E o cumprimento deste dever ou ônus somente se dá quando o impugnante apresenta elementos consistentes e aptos para provocar a alteração almejada, ou seja, quando indica o valor certo a ser adotado como base para o custeio do litígio, após apurá-lo com lastro em robusta prova documental acostada à petição do incidente.

Deste modo, a solução que se impõe é a do acolhimento parcial do

Acesso ao Sumário

incidente de impugnação ao valor da causa atribuído à ação rescisória, para adequá-lo àquele originário dos embargos de terceiro, corrigido monetariamente desde então até o julgamento da presente ação, conforme os índices da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça.

Dessa necessária adequação resulta o novo valor da causa que passa a ser de R$ 41.864,41 (quarenta e um mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e quarenta e um centavos).

As custas iniciais e o depósito previsto no inciso II do artigo 488 do Código de Processo Civil deverão ser complementados pelos impugnados no prazo de 05 (cinco) dias, contados da intimação deste acórdão.

Ante o exposto, meu voto ACOLHE PARCIALMENTE o incidente de impugnação ao valor da causa.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 9039014-33.2003.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente RUBENS MONTON COIMBRA, é recorrido DER – DEPTO ESTRADAS RODAGEM EST S PAULO.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a rescisória para desconstituir o v. Acórdão e julgar improcedente a ação de cobrança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.046)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, AMORIM CANTUÁRIA, CAMARGO PEREIRA, VICENTE DE ABREU AMADEI e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Ação rescisória – Decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.324.968/SP) no sentido ter ocorrido julgamento *extra petita* e supressão de instância – Retorno dos autos ao E. Tribunal de Justiça para anulação de acórdão anteriormente proferido e emissão de juízo rescisório – Prova dos autos no sentido de que a Autarquia, em face de situação extraordinária, atuara no regular exercício da função administrativa – Inaplicabilidade ao caso concreto da regra geral expressa em portaria – Ação rescisória procedente para desconstituir o v. Acórdão e julgar improcedente a ação de cobrança.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação rescisória proposta por **Rubens Monton Coimbra** com

vistas à desconstituição de acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, com base no artigo 485, V do Código de Processo Civil.

Afirma o autor ter a decisão rescindenda, prolatada em ação de cobrança, arbitrado a remuneração por seus serviços, prestados na qualidade de assistente técnico do DER, com base em dispositivo legal diverso do apontado na inicial, razão pela qual entende ter se caracterizado violação a literal disposição de lei (Portaria SUP/DER-73, que dispunha sobre seus honorários), julgamento *extra petita* e supressão de instância.

Julgada improcedente a ação rescisória, por unanimidade, por este Primeiro Grupo de Câmaras de Direito Público (f. 281/284), interpôs o autor recurso especial (f. 312/328), ao qual foi dado provimento (f. 386/393), anulado o julgado determinado o retorno dos autos a este Tribunal para nova decisão.

É o relatório.

Retornam os autos para nova apreciação por este 1º Grupo de Câmaras de Direito Público em cumprimento ao julgado no REsp nº 1.324.968/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, interposto em face de acórdão que julgara improcedente a presente ação rescisória, nos termos seguintes:

> ***"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO ESTRITAMENTE PROCESSUAL. PEDIDO DETERMINADO. SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. COGNIÇÃO. LIMITES (CPC, ART. 515, § 1º). ACÓRDÃO*** **EXTRA PETITA.** ***NULIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.***
>
> *(...)*
>
> *Portanto, conheço do recurso especial, por tratar especificamente de questão processual, qual seja, a alegada violação ao princípio da congruência. E, nesse ponto, merece provimento o recurso.*
>
> *É sabido que a delimitação objetiva da lide dá-se no momento em que o autor formula, em sua petição inicial, seus pedidos. Portanto, se o que se pede é a cobrança de valores de realização de serviço pericial baseada na regulamentação administrativa, é defeso ao juiz de primeira instância, sob pena de incorrer em julgamento extra petita, conhecer de outra matéria – que não aquelas cognoscíveis ex oficio –, ou seja, se o tribunal entendia inaplicável a regulamentação administrativa, deveria ter julgado improcedente a ação.*
>
> *O Recorrente na ação de cobrança pediu remuneração de serviços em quantia certa e fixada em norma administrativa. Por sua vez, o Réu defendeu-se sustentando que essa norma era inaplicável. Portanto, a eventualidade da aplicação de tal norma se tornou fundamento do pedido, estabelecendo a limitação jurídica demanda.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, correto o juízo de primeiro grau ao ater-se, unicamente,*

Acesso ao Sumário

dentro dos limites da lide à aplicação da norma administrativa. Portanto, a matéria impugnável em sede apelação seria, unicamente, ação de cobrança fulcrada na regulamentação administrativa, pois apenas ela foi decidida. Ademais, é sabido que a extensão do feito devolutivo mede-se pela extensão da matéria impugnada. E como não se pode impugnar algo que não existe – in casu*, o arbitramento pelo Tribunal de origem daquela remuneração com outro fundamento legal, porquanto não julgadas, no Tribunal de origem não poderia conhecer da apelação que extrapola os limites, pois deveria analisar somente a matéria relativa a ação de cobrança fulcrada na regulamentação administrativa.*

(...)

Em suma, nos termos do art. 514, II, do CPC, a apelação deve conter os fundamentos de fato e direto que ensejariam a reforma ou anulação da sentença atacada, nos pontos em que esta decisão resolveu a lide, dentro dos limites impostos pela petição inicial. A atuação do órgão ad quem*, tendo em vista do efeito devolutivo do recurso, estará restrita à matéria do inconformismo apresentada nas razões, que não pode ultrapassar, portanto, o que foi decido no primeiro grau, sob pena de supressão da primeira instância e julgamento extra petita no segundo grau.”*

Após, interpostos embargos declaratórios, foram estes parcialmente acolhidos para definir como resultado do julgamento:

“Dessarte, DOU PROVIMENTO ao recurso especial e determino retorno dos autos ao Tribunal de origem, para anular o acórdão recorrido, afim de que, após superado juízo rescindendo, emita o juízo rescisório.”

Superada se apresenta, assim, a questão relativa ao cabimento e à procedência da ação rescisória para desconstituir o v. Acórdão rescindendo e que se proceda a novo julgamento, observados os limites em que posta a lide.

Busca o autor, em ação de cobrança, a condenação da autarquia no pagamento de honorários devidos em razão de seu trabalho como assistente técnico do Departamento de Estradas de Rodagem na reclamação trabalhista nº 513/88, remuneração a ser fixada nos termos da Portaria SUP/DER-73, que, à falta de expressa definição de valores nos autos da ação judicial, estabelece que os honorários do assistente devam corresponder a 2/3 do valor arbitrado pelo magistrado para o perito judicial.

Arbitrados os honorários do vistor judicial em R$ 800.000,00, postulou o autor, nos termos da portaria, a quantia de R$ 533.333,33 (com correção monetária e juros), pedido julgado procedente em primeiro grau e que foi modificado no julgamento da Apelação, com o arbitramento, fundado no artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, do valor de R$ 15.000,00, decisão que, nos termos do julgado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, não subsiste por estar caracterizado julgamento diverso do postulado.

Acesso ao Sumário

Bem delimitada se apresenta, nestes termos, a abrangência do juízo rescisório, no sentido de que deva ser analisada somente a matéria relativa a ação de cobrança fulcrada na regulamentação administrativa (Portaria SUP/DER-073-17/11/1992).

E para esse fim é relevante análise quanto à amplitude e limites da função administrativa, assim como quanto à natureza e poder normativo dos atos administrativos, dentre os quais se insere o ato regulamentar em discussão.

Função administrativa é, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "*a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário*".

O exercício da *função administrativa* pelo Estado resulta na produção de atos administrativos, regidos pelo regime jurídico administrativo que os condiciona a princípios próprios e ao controle judicial.

A portaria, definida por Bandeira de Mello como um "*veículo de expedição de atos*", se insere no referido contexto com as limitações concernentes aos atos administrativos, de onde se extrai a impossibilidade de aplicação indistinta de suas disposições sem consideração acerca da realidade fática, e a condiciona ao controle judicial.

E no caso em tela, dada peculiaridade consistente no extraordinário e elevado valor dos honorários fixados pelo Juízo do Trabalho para o perito oficial nos autos da reclamação trabalhista (valor questionado, sem êxito, pela autarquia parte naquele feito) a singela aplicação da portaria SUP/DER-73 vai de encontro aos preceitos que estruturam o regime jurídico administrativo (supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos) de forma a caracterizar ofensa à legalidade.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos manifestação da Procuradoria do DER, acolhida pelo Procurador de Autarquia Chefe e pelo Superintendente da Autarquia (f. 103/108) que demonstram, de forma motivada e fundamentada, as razões pelas quais, no caso concreto da reclamação trabalhista nº 513/88, considerado o extraordinário valor arbitrado a título de honorários do perito oficial (R$ 800.000,00) e o efetivo labor do requerente (analisado com ponderação e acuidade), a simples subsunção aritmética do valor arbitrado à regra estabelecida na portaria SUP/DER-73 para estabelecimento dos honorários do assistente técnico do DER, a serem destacados do patrimônio público, atenta contra a natureza jurídica da portaria e contra os princípios administrativos.

O parecer do Procurador Assistente de Autarquia, em dezembro de 1996, destaca, com precisão tratar-se de "*uma situação anômala, em que, pela*

primeira vez na estória da peritagem, os pagamentos periciais excederam exageradamente as previsões da Administração. Apesar das tentativas de redução pela P.J., a Justiça Trabalhista manteve aqueles honorários.”.

A seguir, reconhece o trabalho realizado pelo assistente técnico na coleta e preparo do material utilizado pelo perito judicial para justificar e sugerir ao Procurador de Autarquia Chefe que:

> *“É necessário salientar que a Portaria SUP/DER-73 de 17/11/92, não deve ser aplicada à espécie, no que se refere ao seu artigo 1º e seu parágrafo 1º. Nesse caso entendemos que o assunto deve limitar-se à aplicação do artigo 10º da aludida Portaria, que atribui poderes ao Procurador Chefe para decidir, objetivando resguardar os interesses da Autarquia.*
>
> *Nestas condições, sugerimos que, face ao tempo decorrido, a Administração ofereça ao Sr. Assistente Técnico, no máximo, o ‘quantum’ de R$ 100.000,00 (cem mil reais).”* (f. 104/105)

A proposta foi acolhida pelo Superintendente da Autarquia por ato administrativo de 11 de dezembro de 1996, solução que não foi aceita pelo autor, que em junho de 1997 ajuizou a ação de cobrança fundada na rigorosa aplicação da regra do § 1º do artigo 1º da Portaria SUP/DER-073-17/11/1992.

É neste contexto, fático e jurídico, que se impõe a análise do exercício, pela Autarquia (Departamento de Estradas de Rodagem), da função administrativa, desde a edição do ato normativo (Portaria SUP/DER-073-17/11/1992), passando pela contratação dos trabalhos do perito assistente técnico, até a recusa administrativa de aplicação, ao caso concreto, do regramento administrativo posto.

A edição de portaria destinada a regrar, no âmbito interno da autarquia e no seu relacionamento com terceiros, é conduta adequada à competência administrativa do ente público, e, como tal, dotada dos atributos da presunção de legitimidade, executoriedade e coercitividade.

Mas como todo ato administrativo a portaria, não obstante de natureza normativa, define condutas administrativas sujeitas, por imperativo legal e constitucional, ao controle administrativo e judicial.

E levado a efeito controle administrativo, este fundado no princípio da autotutela que informa o exercício da função executiva, justificou a Administração Pública que o caso concreto da reclamação trabalhista nº 513/88 da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, por constituir situação, anômala, extraordinária e sem correspondência com as usuais, impunha solução específica, diversa daquela estabelecida pela regra geral.

A indiscriminada aplicação da regra expressa no parágrafo 1º do artigo 1º da mencionada portaria implica, na verdade, (*a partir da premissa de que a*

Acesso ao Sumário

Autarquia, convencida do seu desacerto, lutara, sem êxito, para a redução do valor dos honorários fixados pelo Juízo do Trabalho para o vistor judicial), num duplo apenamento, com a automática oneração do erário público no pagamento de valor extraordinário também para o profissional contratado para a defesa dos interesses da Administração, situação que não tem amparo jurídico.

Não há justificativa para tanto, posto que também a relação da Administração com os profissionais por ela designados para atuação em seu nome não pode ser vista a partir de uma perspectiva contratual, de integral prevalência das regras de Direito Privado, mas com uma relação regrada pelo regime jurídico administrativo, qual seja, por regras de Direito Público.

É por tal razão a elaboração, na autarquia, de quadro de assistentes técnicos cadastrados, a serem nomeados segundo critérios que assegurem a igualdade de nomeações e a expertise, como consta do artigo 3º da Portaria SUP/DER-073-17/11/1992.

No caso, verificada situação anômala, excepcional, impunha o regime jurídico administrativo a adoção de solução diversa da usual, mediante controle administrativo, fundado na autotutela, e, na sequência, no controle judicial.

Não tem amparo jurídico, por tais razões, a postulação fundada na rigorosa aplicação da regra administrativa, entendida esta como comando imutável, inquestionável, imune a controle administrativo ou judicial, o que resulta na improcedência da ação de cobrança, examinada esta nos exatos limites do pedido.

Percuciente, quanto à inaplicabilidade da rigorosa aplicação da regra do § 1º do artigo 1º da Portaria SUP/DER-073-17/11/1992 ao caso concreto, o acórdão rescindendo, que com outras palavras (*e neste ponto sem desbordar, de qualquer modo, da matéria objeto do pedido posto na inicial*), destaca a manifesta exorbitância do pleito e fundamenta que:

> *"Sendo o patrimônio público indisponível, carece de sustentação jurídica portaria que previamente estipula remuneração de prestador de serviço sem antes proceder a sua apreciação, como acontece no caso vertente.*
>
> *(...).*
>
> *Não se deve esquecer que o patrimônio público é indisponível e descabe a fixação prévia de remuneração de qualquer serviço prestado à entidade autárquica, sem a verificação de sua importância e à revelia do crivo Judiciário."*

Acesso ao Sumário

Com tais considerações, verifica-se a procedência da rescisória para desconstituir o v. Acórdão e, em novo julgamento, decidir pela improcedência da ação de cobrança.

Sucumbente o autor com relação à pretensão condenatória, arcará com

as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados, com moderação, nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, em R$ 5.000,00, observado o fato de que é beneficiário da Justiça Gratuita, razão pela qual aplica-se o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

O caso é, assim, de julgar **procedente a rescisória para desconstituir o v. Acórdão e julgar improcedente a ação de cobrança** proposta por **Rubens Monton Coimbra** em face do **Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo** (Processo nº 9039014-33-2003.8.26.0000).

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nos autos.

Resultado do julgamento: julgo procedente a rescisória para desconstituir o v. Acórdão e julgar improcedente a ação de cobrança.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068365-87.2014.8.26.0000, da Comarca de Vinhedo, em que é agravante JOSÉ MARQUES, são agravados MUNICÍPIO DE LOUVEIRA e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.563)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública. Desmembramento irregular de imóvel. Citação dos adquirentes e atuais ocupantes. Decisão que facultou a intervenção na qualidade de simples assistentes. Pedido principal para regularização do desmembramento. Pedido alternativo de retorno do

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

imóvel ao estado anterior no qual estão implícitas providências para desocupação da área com possível demolição de construções de moradias, cercas e muros divisórios. Poucos e definidos adquirentes e ocupantes da gleba em discussão. Litisconsórcio necessário caracterizado. Inclusão no polo passivo e citação a garantir maior eficácia do julgado. Recurso provido.

Jurisprudência - Direito Público

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 343 (copiada a fls. 149 deste agravo) de lavra da eminente Magistrada **Drª. Euzy Lopes Feijó Liberatti**, que indeferiu a inclusão no polo passivo da demanda, na qualidade de litisconsortes necessários, dos adquirentes e ocupantes das porções fracionadas do imóvel cujo desmembramento irregular é objeto de discussão em ação civil pública, facultando somente a intervenção como assistentes dos corréus alienantes.

Sustenta o agravante que eventual sentença de procedência resultará em consequências também para os adquirentes e ocupantes do imóvel, que por isso devem integrar o polo passivo da ação.

O efeito suspensivo ao recurso foi indeferido (fls. 169/170).

O Município de Louveira apresentou contraminuta (fls. 176/178), pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso. O Ministério Público, por seu turno, ofertou resposta (180/188) pretendendo o desprovimento do agravo, nesse mesmo sentido se posicionando a Douta Procuradoria de Justiça (fls. 190/196).

É o Relatório.

Ingressou o Ministério Público do Estado de São Paulo com ação civil pública contra os proprietários e alienantes de imóvel e o Município de Louveira/SP, em razão da ocorrência de desmembramento irregular da gleba, fracionada em porções vendidas a distintos adquirentes, atuais ocupantes da área.

Acesso ao Sumário

O pedido na ação civil pública é para regularização do desmembramento ou, alternativamente, caso não seja juridicamente viável a regularização, **o desfazimento do parcelamento com a restituição da gleba ao estado anterior à fragmentação**, além da indenização dos danos urbanísticos e ambientais e dos danos sofridos pelos terceiros adquirentes das frações.

Sem dúvida que o pedido na ação civil pública afeta também o interesse dos adquirentes e ocupantes das porções fracionadas do imóvel.

O pedido principal para regularização do desmembramento, dirigido aos alienantes e Município, não impõe a participação dos ocupantes do imóvel como litisconsortes necessários. Como bem salientado na r. decisão agravada,

não se discutirá, na fase de conhecimento, a obrigação de indenizar e respectivo *quantum*, referente a eventuais prejuízos que venham a sofrer os adquirentes, não se justificando, também sob esse foco, o litisconsórcio.

Ainda, não ocorre qualquer das hipóteses de intervenção de terceiros previstas no CPC, arts. 56 a 80.

Até aqui seria correto admitir-se, como o fez a r. decisão agravada, a intervenção dos adquirentes e ocupantes do imóvel como simples assistentes (CPC, arts. 50 e seguintes).

Acontece que a ação civil pública proposta contém o pedido alternativo para **desfazimento do parcelamento com a restituição da gleba ao estado anterior à fragmentação**, nele contido, implicitamente, as providências para desocupação das porções irregularmente fracionadas podendo alcançar a demolição de construções de moradias, cercas ou muros divisórios.

Caso acolhido, em tese, esse pedido alternativo, necessariamente afetará a esfera jurídica dos adquirentes e ocupantes do imóvel, no mínimo com ordem para desocupação da área, cuja eficácia da sentença contra esses ocupantes dependerá de terem sido citados da ação e assim lhes ter sido garantida ao menos a possibilidade de exercício de seu direito de defesa.

Embora possam ser considerados mais como vítimas do que como réus, e que o pedido principal para regularização do desmembramento não lhes é dirigido, a eficácia do julgado será melhor assegurada com a formação do litisconsórcio necessário.

Considerando que são poucos e definidos os adquirentes e ocupantes da gleba (cerca de 11, ao que consta), não haverá maiores dificuldades de ordem prática para sua inclusão no polo passivo da ação, a prevenir discussões futuras acerca da eficácia da sentença também em relação a eles, no que for pertinente.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, determinando ao Ministério Público autor que promova a citação dos adquirentes e atuais ocupantes das porções fracionadas do imóvel em discussão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2143043-73.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

IRACI APARECIDA DA COSTA SANTANA, JOÃO GUALBERTO DA SILVA SANTANA e JULIANE DA COSTA SANTANA, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30755)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Produção de prova - Ninguém duvida que a celeridade processual deva ser buscada, até para benefício das próprias partes. Mas o julgamento rápido não pode se sobrepor à própria relação de direito material, que é o fim do próprio processo - Para perfeito esclarecimento da apuração dos fatos, melhor é que a prova pleiteada seja realizada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Iraci Aparecida da Costa Santana** e outros contra ato que consideram ilegal do **MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Capital**, *Dr. Sérgio Serrano Nunes Filho*, e consistente em determinar apenas a produção de prova pericial médica, nos autos da ação de indenização que moveram contra a **Fazenda do Estado de São Paulo.**

Informações a fls. 60.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, trazida a fls. 22, que determinou apenas a prova pericial médica, por entender ser a única pertinente ao deslinde da demanda. Contra essa decisão é que se tirou o presente recurso.

Os agravantes alegam que a decisão interlocutória violaria os princípios Constitucionais da ampla defesa e contraditório, devido processo legal e também a legislação infraconstitucional.

Acesso ao Sumário

A ação proposta é uma indenizatória por dano estético e moral. Além da prova pericial médica os agravantes haviam pretendido prova documental (prontuários médicos), e testemunhal (para demonstração do trabalho realizado pela autora e do dano moral propriamente dito).

As provas pretendidas não são desarrazoadas.

Tudo indica, que para perfeito esclarecimento da apuração dos fatos, melhor é que a prova pleiteada seja realizada. Melhor, aliás, é não se impedir a parte de produzir prova. Melhor é deferi-la e evitar que mais tarde se reconheça cerceamento de defesa.

> "Evidenciando-se a necessidade de produção de provas, pelas quais, aliás, protestou o autor, ainda que genericamente, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, fundado exatamente na falta de prova do alegado na inicial." (STJ – 3ª T., Resp 7.267-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20.03.91, deram provimento, v.u., DJU 8.4.91, p. 3.887)

Ninguém duvida que a celeridade processual deva ser buscada, até para benefício das próprias partes. Mas o julgamento rápido não pode se sobrepor à própria relação de direito material, que é o fim do próprio processo. Não existe o processo como um ente absolutamente abstrato idealmente concedido para satisfazer-se a si mesmo. A pretensão de direito material é que se visa proteger e resolver, e se isso macula a celeridade do processo, por decorrência da necessidade de produção de provas, não há como evitar o prejuízo pela dilação.

> "Aos que amam o direito, oportuno é lembrar que santa é a Justiça, não a abstração.
>
> "Quanto ao processo, a doutrina tem afirmado a natureza abstrata da ação. E para evitar que desse entendimento decorram distorções, é preciso que os juízes não percam de vista que o processo é um instrumento a serviço do direito material, conforme CÂNDIDO DINAMARCO ("Fundamentos do Processo Civil Moderno", pág. 96). E mais que isso, importa que os Juízes não percam de vista que lhes cabe decidir acerca da relação jurídica de direito substancial e para isso devem atentar de modo especial aos fatos. Dentro do processo, há que se dar especial atenção à prova, pois é esta que traz os fatos para o processo.
>
> "Aos Juízes novos é oportuno lembrar que devem acompanhar com interesse o desenvolvimento da ciência do direito, os avanços baseados nas pesquisas e construções teóricas. Porém, não devem esquecer-se de que as teorias são formulações e sistematização de princípios gerais de uma ciência ou de parte dela, e que elas avançam freqüentemente com base em hipóteses, e, principalmente no que se refere ao Direito, há que se ter em conta que o comportamento do homem padece contradições

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

profundas e foge muito freqüentemente às interpretações unívocas. ...

"Ao Juiz são indispensáveis os conhecimentos do direito processual. Mas no ato de proferir a sentença, convém que o Juiz tenha bem claro em sua mente que o processo tem natureza instrumental e que está a serviço do direito material. E é na relação jurídica de direito material que se encontra o objeto da sentença, ...

"Na hora de decidir, deve o Juiz fugir às abstrações. Elas lhe valeram para ajudá-lo a raciocinar, mas a hora de decidir é hora de concreção, é hora de aplicação das regras aos fatos da vida. (Geraldo Arruda, Lex, JTACSP 133)

"Existindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide importa em violação do princípio do contraditório, constitucionalmente assegurado às partes e um dos pilares do devido processo legal." (STJ – 4ª Turma, Resp 7.004-AL, rela. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 21.8.91, deram provimento, v.u., DJU 30.9.91, p. 13.489).

Dessarte dá-se provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2189891-21.2014.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante FERNANDO DO CARMO AFONSO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN-SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.288)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), BURZA NETO e VENICIO SALLES.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2015.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Vulneração à legislação de trânsito que ensejava imposição de multa e suspensão do direito de dirigir – Superveniência da Resolução CONTRAN 453/2013, que atenuou a sanção pela inobservância da norma

– Presença do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora” – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão reproduzida às fls. 28/29, que, nos autos da ação declaratória, indeferiu a liminar que visava à suspensão da penalidade administrativa imposta ao agravante pela Portaria 050600367111, do DETRAN.

Insurge-se o Agravante (fls. 01/12), sustentando que, no dia 17 de fevereiro de 2011, foi autuado por conduzir motociclo com a viseira levantada, ocasião em que lhe foi imposta pena de multa, no valor de R$ 191,53, e pena acessória de suspensão do direito de dirigir, consoante o artigo 244, I, do CTB. Com o advento da Resolução nº 453, de 26 de setembro de 2013, a infração cometida deixou de ser apenada com a suspensão do direito de dirigir. Nesse contexto, a norma posterior mais benéfica, além de revogar a norma anterior, retroage à data dos fatos para lhe beneficiar, a teor do artigo 5º, XL, da CF. Requer a concessão de tutela antecipada recursal e, ao final, a reforma da r. decisão atacada.

O presente agravo foi processado com a concessão da tutela antecipada requerida (fls. 32/33).

Contraminuta às fls. 39/48.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual do recurso (fls. 49).

É o relatório.

Inicialmente, impende consignar que a matéria ventilada nos autos do presente agravo está diretamente ligada ao mérito da ação principal, cuja análise terá seu momento oportuno, restando a esta Corte, em sede do recurso interposto, cingir-se exclusivamente aos requisitos autorizadores da concessão da medida pleiteada.

Na espécie, busca o agravante obstar, liminarmente, a execução da penalidade de suspensão do direito de dirigir, em razão da Resolução CONTRAN nº 453/2013, que atenuou a sanção prevista para a infração por ele cometida.

Sagra aludida Resolução que:

Art. 3º O condutor e o passageiro de motocicleta, motoneta, ciclomotor, triciclo motorizado e quadriciclo motorizado, para circular na via pública, deverão utilizar capacete com viseira, ou na ausência desta, óculos de proteção, em boas condições de uso.

§ 1º Entende-se por óculos de proteção, aquele que permite ao usuário a utilização simultânea de óculos corretivos ou de sol.

§ 2º Fica proibido o uso de óculos de sol, óculos corretivos ou de segurança do trabalho (EPI) de forma singular, em substituição aos óculos de proteção.

Acesso ao Sumário

§ 3º Quando o veículo estiver em circulação, a viseira ou óculos de proteção deverão estar posicionados de forma a dar proteção total aos olhos, observados os seguintes critérios:

I – quando o veículo estiver imobilizado na via, independentemente do motivo, a viseira poderá ser totalmente levantada, devendo ser imediatamente restabelecida a posição frontal aos olhos quando o veículo for colocado em movimento;

II – a viseira deverá estar abaixada de tal forma possibilite a proteção total frontal aos olhos, considerando-se um plano horizontal, permitindo-se, no caso dos capacetes com queixeira, pequena abertura de forma a garantir a circulação de ar;

III – no caso dos capacetes modulares, além da viseira, conforme inciso II, a queixeira deverá estar totalmente abaixada e travada.

§ 4º No período noturno, é obrigatório o uso de viseira no padrão cristal.

§ 5º É proibida a aposição de película na viseira do capacete e nos óculos de proteção.

Art. 4º. Dirigir ou conduzir passageiro em descumprimento às disposições contidas nesta Resolução implicará nas sanções previstas no CTB, conforme abaixo:

(...)

II – utilizando viseira ou óculos de proteção em descumprimento ao disposto no art. 3º ou utilizando capacete não afixado na cabeça conforme art. 1º: art. 169 do CTB;

E o artigo 169 do CTB, por sua vez, que:

“Art. 169. Dirigir sem atenção ou sem os cuidados indispensáveis à segurança:

Infração - leve;

Penalidade - multa.”

Sobre matéria semelhante, o E. STJ já decidiu que:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ART. 218, I, “B”, DO CTB. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. ART. 265 DO CTB. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284 DO STF. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7/STJ. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VERBETE SUMULAR N.º 126/STJ.

1. O art. 218, I, “b”, do CTB (Lei 9.503/97), antes da alteração engendrada pela Lei 11.334/2006, impunha como penalidade por transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil em rodovias, vias de trânsito rápido

Acesso ao Sumário

e vias arteriais, além da multa pecuniária, a suspensão do direito de dirigir, observando-se, quanto a esta, o disposto no art. 265, verbis: "As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa."

(...)

9. Nada obstante, e apenas "obiter dictum", há de se considerar que, no caso "sub examine", a penalidade prevista no art. 218, I, "b", do CTB (Lei 9.503/97), restou alterada pela Lei 11.334, de 25 de julho de 2006, de sorte que, no caso dos autos, deixou de configurar infração gravíssima - com aplicação de multa e suspensão do direito de dirigir -, para ser considerada infração grave - passível de aplicação de multa pecuniária. Desta sorte, a alteração legislativa reflete uma mudança nos padrões valorativos, como reconhecimento de que a penalidade acessória de suspensão do direito de dirigir seria desproporcional à infração de trânsito cometida.

10. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 804648/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 03/09/2007, p. 123)

E o Tribunal de Justiça também:

APELAÇÃO – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – ALCANCE DE 20 PONTOS – SUSPENSÃO POR 30 DIAS NA HABILITAÇÃO – RETROATIVIDADE DA LEI 11334/06 – APLICABILIDADE – SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM – APELO – INTERPRETAÇÃO NORMATIVA – INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA – RECURSO DESPROVIDO. (Apelação cível nº 0000498-29.2010.8.26.0396 – Novo Horizonte – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Carlos Abrão – j. 21.03.2011)

1. Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. 2. Pretensão à aplicação retroativa da Lei n. 11334/06, mais benéfica ao impetrante, ao afastar a tipificação de infração administrativa. 3. A retroatividade de norma com caráter punitivo e mais benéfica ao réu é garantia constitucional do art. 5º, XL, Constituição da República (Apelação Cível n. 834.771.5/2-00, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 28.9.09). 4. Não cabe ao intérprete distinguir o que a lei não distingue. 5. Ademais, se o legislador editou lei mais benéfica para idêntico fato típico, o mero decurso de tempo não é suficiente para afastar a aplicação da lei mais benéfica por isonomia, princípio que vale não só no espaço como também no tempo. Inconsistência da tese de que a isonomia de tratamento no tempo não se aplica em questões de direito tributário ou administrativo, conforme precedentes do Colendo STJ (REsp 307.166/SP, Rei. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.12.2005). 6. Reexame necessário e recurso voluntário improvidos. (Apelação cível nº 0204196-54.2008.8.26.0000 – Assis – 7ª Câmara de Direito Público "C" – Relator: Marcus Vinicius Kiyoshi

Acesso ao Sumário

Onodera – j. 30.04.2010)

AÇÃO ANULATÓRIA – Suspensão do direito de dirigir – Procedimento administrativo motivado pelo art. 218 do CTB – Advento da Lei nº 11334/06 que o alterou, excluindo tal punição – Retroatividade de lei benéfica – Recurso não provido. (Apelação cível nº 0264404-67.2009.8.26.0000 – Jaú – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Urbano Ruiz – j. 21.12.2009)

Como a tese do agravante encontra amparo em orientação já adotada pela jurisprudência, incontestável a presença do "fumus boni iuris".

Também o "periculum in mora" é evidente, tendo em vista que o agravante ficará privado do seu direito de dirigir, em razão de norma atenuada pelo ordenamento jurídico.

No mais, diante da atual situação processual, inviável maior digressão sobre a matéria.

Por conseguinte, respeitado o entendimento do juízo "a quo", reforma-se a decisão agravada para suspender a execução da penalidade acessória imposta ao agravante.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2136154-06.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO – CET.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.137)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: PROCESSUAL – Juntada de cópia de procuração em recurso de agravo outorgada pelo Estado a seu Procurador – Servidor titular de cargo em provimento efetivo, nomeado e empossado –

Acesso ao Sumário

Inexigência dessa providência processual – Preliminar de não conhecimento do agravo, rejeitada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Obrigação de fazer – Compelir o Estado, mediante policiamento ostensivo, a garantir a circulação de ônibus nas vias públicas e corredores e faixas exclusivas quando houver manifestações públicas – Descabimento – Ato típico do Poder Executivo – Decisão reformada – Recurso de agravo provido.

Jurisprudência - Direito Público

VOTO

Agravo de instrumento tirado de r. decisão[1], proferida em ação ordinária[2], que concedeu liminar para que a Fazenda do Estado de São Paulo providencie, por meio da Polícia Militar, o necessário a garantir a livre circulação de ônibus nas novas faixas exclusivas de ônibus já instaladas ou que estejam na iminência de o ser, removendo qualquer obstáculo à circulação dos ônibus local, valendo-se inclusive do uso de força física, e cumprir imediatamente a decisão sob pena de suportar multa diária fixada em R$ 50 mil. Pleiteia a concessão da liminar para reformar a decisão e suspender seu cumprimento até o pronunciamento definitivo do recurso.

Recurso recebido com efeito suspensivo; resposta da agravada[3].

Fundamentação.

Como dito no despacho de recebimento do recurso, é extremamente complexa essa questão, que parece intervir na interdependência dos Poderes, de impor ao Estado, aqui representado pelo Poder Executivo, conduta administrativa típica de sua alçada exclusiva, que é o policiamento ostensivo e preventivo prestado pela Polícia Militar; o gerenciamento do trânsito na Capital, nos períodos das possíveis crises apontadas pelo digno magistrado, deve ficar a cargo da Administração Pública, por seus órgãos especialmente destinados a esse difícil mister.

Não pode o Judiciário compelir entidade pública a tal providência, por se tratar de ato típico do Poder Executivo, titular da oportunidade e conveniência, sob pena de imiscuir-se nas funções de outro poder, violando o disposto no art. 2º da Constituição da República.

Acesso ao Sumário

Anoto que determinei o apensamento deste agravo ao de nº 2072671-02.2014, interposto pela Fazenda e distribuído por prevenção, para julgamento simultâneo, em que adoto aqui a mesma fundamentação e a mesma conclusão

1 Reproduzida a fls. 101/102.

2 Feito nº 1020260-34.2014.8.26.0053.

3 Despacho, fls. 336/338; contrarrazões, fls. 341/348.

lá adotada.

Por fim, preliminar que até seria de dispensável resposta, é manifestamente inconsistente a levantada pela agravada sobre não juntada de cópia de procuração pela agravante. Procurador do Estado não recebe procuração do Estado para atuar nessa ou naquela causa, como se fosse advogado privado; é servidor público titular de cargo de provimento efetivo, nomeado e empossado, tal como o são os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, etc.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar e respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, dá-se provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2182525-28.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes BELARMINA DE JESUS BRAGA, ISMÊNIA DE LOURDES LIMA DE ARAUJO, JOÃO ANTONIO NARCIZO, NEUZA PANUNCIO CIRILLO DOS SANTOS, MAFALDA FABRIS DE SOUZA, NIOBE DE PAIVA MAGALHÃES, MARINA DE GODOY PEREIRA, THEREZINHA OLIVEIRA, LUIZA SHIGUEKO YAGUINUMA DE ARAUJO e LYDIA DE LIMA, é agravado SUPERINTENDENTE DA CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO – CBPM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.735)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2015.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – decisão que determinou que se aguarde o julgamento do recurso extraordinário interposto pela agravada pelo prazo de 01 ano – inadmissibilidade – recurso extremo que somente é recebido no efeito devolutivo – não foi reconhecida a repercussão geral do tema em

Acesso ao Sumário

caso análogo – possibilidade de execução provisória das obrigações de fazer determinadas na decisão colegiada – decisão reformada.

Recurso provido.

VOTO

1 – Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão de fls. 338 destes autos digitais, que determinou ***que se aguarde o julgamento do recurso extraordinário interposto pela ora agravada pelo prazo de 01 (um) ano***. Os agravantes requerem seja concedido efeito suspensivo ativo, e, ao final, pugnam pela reforma da decisão.

O recurso foi processado sem o efeito suspensivo ativo almejado.

Sobreveio a contraminuta.

É o relatório.

2. O recurso comporta acolhimento.

Primeiramente, é de se observar que o § 2º do art. 542 do Código de Processo Civil estabelece que "*os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo*".

O documento de fls. 279 destes autos digitais aponta que o E. Superior Tribunal de Justiça ***negou seguimento*** ao recurso especial interposto pela ora agravada.

Também foi acostada cópia do agravo convertido em recurso extraordinário nº 640.182/SP, oportunidade em que o C. Supremo Tribunal Federal ***não conheceu*** daquele recurso, ***em caso análogo à presente demanda*** *("concessão de ALE para pensionistas de policiais militares")*, por ausência de repercussão geral.

Sendo assim, e em se tratando de ação mandamental de natureza alimentar, nada obsta a execução provisória do v. Acórdão copiado às fls. 189/197 destes autos digitais, no que se refere ao imediato cumprimento das obrigações de fazer ali determinadas.

Mesmo se a situação fosse diversa, é de se observar que o obstáculo ao início da execução, nos termos do § 5º, do art. 100, da Carta Constitucional, não alcança os débitos vincendos, mas apenas os vencidos.

A disposição constitucional assinala ser "obrigatória *a inclusão, no orçamento* das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentença transitada em julgado, *constante de precatórios*". A disposição é precisa em relegar para a época do trânsito em julgado, a execução dos valores ou diferenças atrasadas, que irão compor PRECATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Assim, as obrigações vincendas, que devem ser implementadas pelo apostilamento, mormente em face do caráter alimentar que ostentam, não ficam vinculadas ao trânsito em julgado, mas tão somente “ao momento que a decisão de segundo grau ganha eficácia e aplicabilidade”.

Destarte, de rigor a reforma da decisão atacada, devendo a agravada tomar as providências necessárias para fins de “*apostilamento do direito conquistado e apresentação das planilhas de valores atrasados*”.

3. Pelos motivos expendidos, dá-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2155414-69.2014.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados CONSTRUTORA ESPON LTDA., ALBERTO PEREIRA MOURÃO e ROBERTO FRANCISCO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.225)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação civil pública – Decisão que indeferiu os pleitos liminares – Recurso manejado pelo Ministério Público – Desprovimento de rigor – Afastamento do cargo – Inteligência do art. 20 da Lei nº 8.429/92 – Exceção que deve ocorrer apenas em casos de influência negativa na colheita de provas – Não há prova capaz de demonstrar que o agravado tivesse causado embaraço ao regular trâmite processual, no exercício de mandato de Prefeito – Indisponibilidade dos bens dos réus – Inadmissibilidade – Inexistência de demonstração de um mínimo de perigo potencial na dilapidação do patrimônio – Ausência dos requisitos autorizadores

Acesso ao Sumário

para a adoção das medidas – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a r. decisão do MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Praia Grande, que indeferiu os pedidos de afastamento liminar do Prefeito Municipal e de indisponibilidade de bens em Ação Civil Pública ajuizada em face de **Alberto Pereira Mourão**, **Roberto Francisco dos Santos** e **Construtora Espon Ltda**.

Pretende o agravante, por meio de razões de fls. 04/64, a reforma da r. decisão recorrida. Alega que a indisponibilidade dos bens dos agravados se mostra proporcional à defesa do erário e que o afastamento do Sr. Prefeito Municipal é necessário para evitar indevida ingerência administrativa. Por fim, requer a concessão da tutela antecipada recursal para que seja decretada a indisponibilidade dos bens dos agravados, bem como o afastamento cautelar do Sr. Prefeito Alberto Pereira Mourão do seu cargo, até o deslinde do feito, em face da gravidade das condutas narradas na exordial e do inequívoco dano ao erário.

Pedido acompanhado de documentos de fls. 65/674.

Indeferido o efeito ativo requerido (fls. 684/685).

Contraminuta apresentada pela Construtora Espon Ltda. (fls. 704/712).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do agravo, para que seja decretada a indisponibilidade dos bens dos agravantes no limite do dano apontado na inicial (fls. 726/736).

É o relatório.

2. Não comporta acolhimento o agravo interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual em face dos réus Alberto Pereira Mourão, Roberto Francisco dos Santos e Construtora Espon Ltda., por violação aos princípios que regem a Administração Pública. Debate o aluguel de um imóvel particular destinado ao estabelecimento do chamado "Palácio das Artes", situado em área de risco geológico, com a promoção e custeio de reforma no prédio particular pelo Poder Público.

Inicialmente ressalto que os fatos diretamente relacionados com o mérito da demanda principal não serão examinados, vez que aqui cabe apenas analisar o pedido de liminar indeferido.

A r. decisão combatida fora lavrada nos seguintes termos:

"O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a presente

ação de improbidade administrativa e requereu o afastamento liminar do atual Prefeito Municipal, bem como a indisponibilidade de todos os bens dos requeridos, com a finalidade de garantir eventual execução da condenação.

Entretanto, no que se refere ao afastamento do Chefe do Executivo, não há nos autos indícios de que tal medida seja necessária, até porque, em nenhum momento foi demonstrado que o Prefeito esteja interferindo na apuração dos fatos.

Da leitura do Inquérito Civil e da inicial, não se vê nenhum traço de ingerência do requerido com a finalidade de prejudicar as investigações, de modo que não há motivo para a drástica medida de seu afastamento liminar.

Evidentemente que, havendo motivo fundado no decorrer da instrução processual, este posicionamento poderá ser revisto e modificado, levando sempre em consideração o interesse público e a determinação para apurar os fatos e atribuir eventuais responsabilidades.

(...)

Quanto ao pedido de indisponibilidade de bens, não estão presentes os requisitos para o deferimento da medida, uma vez que não há nos autos qualquer indício de que os envolvidos estejam dilapidando ou ocultando seus patrimônios.

Na verdade, o pedido se respalda em hipóteses, mas não mencionada nenhum fato concreto que autorize decisão neste sentido.

Aliás, há farta jurisprudência entendendo que não tem cabimento o bloqueio de bens sem que haja fato que demonstre sua necessidade.

(...)

Neste passo, indefiro as liminares requeridas e determino a notificação dos requeridos para que apresentem suas defesas preliminares no prazo legal".

Não se verifica, pela leitura da respeitável decisão agravada, qualquer ilegalidade ou teratologia judicial.

Quanto ao pedido ministerial de afastamento do Sr. Prefeito Municipal de seu cargo, dispõe o art. 20 da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração,

Acesso ao Sumário

quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Nota-se que o afastamento prévio do agente público do seu cargo, no trâmite de ação civil de improbidade administrativa, perfaz-se em hipótese excepcional que deve ser aplicada quando existam elementos concretos a indicar a necessidade da medida à instrução processual.

Da compulsa atenta dos autos, verifica-se que não há comprovação de qualquer prática ou ato que possa se revestir da roupagem de fraude ou dificultação dos atos investigatórios que precederam o ajuizamento da ação, nada revelando que, após o aforamento, tenha tomado atitudes que venham a dificultar ou impossibilitar a comprovação de possíveis atos de improbidade.

Como bem disse a d. Procuradoria Geral de Justiça: "*No caso em exame, malgrado a farta documentação acostada ao processo, não foi apresentada prova capaz de demonstrar que o agravante tivesse causado embaraço ao regular trâmite processual, no exercício de mandato de Prefeito do município de Praia Grande*". (fls. 729/730).

Destarte, não restou caracterizada a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429/92.

No que se refere à indisponibilidade de bens dos réus, sempre é de bom alvitre lembrar que deve existir demonstração de um mínimo de perigo potencial na dilapidação do patrimônio, com a finalidade de frustrar eventual recomposição de prejuízos causados ao erário público.

Reitera-se que a indisponibilidade dos bens possui caráter cautelar, tendo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *"[...] nítido caráter preventivo, já que tem por objeto acautelar os interesses do erário durante a apuração dos fatos, evitando a dilapidação, a transferência ou ocultação dos bens, que tornariam impossível o ressarcimento do dano."* (*in* Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo, Atlas, p.677).

Contudo, assim como nos procedimentos cautelares, a indisponibilidade é de ser aplicada com parcimônia, sendo necessária a subsistência de elementos indicativos de dilapidação de patrimônio por parte dos réus.

Não é o caso dos autos.

Ora, a indisponibilidade de bens não tem cunho compulsório, cuidando-se, a bem da verdade de medida excepcional, a qual exige a presença bem demonstrada do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Nesse diapasão, e sem que se possa olvidar que a indisponibilidade poderá vir a ser decretada a qualquer tempo, desde que haja indícios de tentativa de frustrar a reparação de dano eventualmente praticados contra o erário, não parece ter ocorrido equívoco judicial.

Destarte, sem analisar o mérito da gravidade dos supostos atos ímprobos,

Acesso ao Sumário

não se verificam os requisitos necessários para o afastamento do Prefeito Municipal e para a decretação da indisponibilidade de bens.

Em assim sendo, nada há a reparar na bem lançada r. decisão recorrida.

Para efeito de prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou as questões postas no presente recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2221794-74.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI, é agravado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON SP.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.012)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PIRES DE ARAÚJO (Presidente) e RICARDO DIP.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento interposto contra decisão que não deferiu pedido de antecipação de tutela, em ação anulatória de multa. Auto infracional lavrado pelo Procon, imputando a ora agravante violação aos artigo 37, § 1º, do CDC. Pretendido deferimento de liminar para suspensão da exigibilidade da multa. Inviabilidade. Hipótese em que apenas o deposito integral e em dinheiro tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, ou a ele equiparado, como no caso. O oferecimento de apólice de seguro-garantia é contracautela em princípio suficiente para antecipar garantia de uma futura execução fiscal, mas não para suspender a exigibilidade do crédito. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Agravo de Instrumento tirado por CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI contra r. decisão da MMa. Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que, em Ação Anulatória de Ato Administrativo movida contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON (processo nº 1048636-30.2014.8.26.0053), não deferiu antecipação de tutela, pleiteada para ser suspensa a exigibilidade de multa aplicada pela ré em virtude de infração à legislação consumerista, bem como para impedir o ajuizamento de Execução Fiscal, até o julgamento final da ação, *"mediante prestação de seguro garantia judicial em valor equivalente ao valor atualizado da multa acrescido de 30% (trinta por cento), no prazo de 48 (quarenta e oito) horas"* (fls. 35 destes autos digitais).

Busca a agravante a reforma da decisão, assinalando, em resumo, que: a) em razão da multa já ter sido inscrita na Dívida Ativa da Procuradoria Geral do Estado, está impossibilitada de obter certidões negativas de débitos e na iminência de ter contra si ajuizada a correspondente execução fiscal, com todas as suas consequências; b) a multa aplicada pelo PROCON, embora constitua dívida ativa da Fazenda Pública, não tem natureza tributária, motivo pelo qual, inaplicável à espécie o Código Tributário Nacional e a Súmula 112 do STJ; c) ofereceu seguro garantia judicial em valor superior ao débito constante na inicial, com acréscimo de 30% (trinta por cento), preenchendo, portanto, todos os requisitos legais; d) o prazo de vigência do contrato de seguro não afeta a validade da garantia, uma vez permitida sua renovação; e) o seguro garantia judicial passou a fazer parte do rol das garantias em sede de execução fiscal, ao lado da caução em dinheiro (Lei nº 13.043, de 13.11.2014). Pediu o provimento do recurso, com a concessão de efeito ativo. Este, em síntese, o relatório.

II. O agravo comporta julgamento imediato, independentemente de ulteriores providências, diante da solução adotada e porque ainda não instaurada a relação processual, não se achando o agravado representado nos autos.

Segundo consta, a agravante foi autuada em 03.09.2010 pelo PROCON estadual por infração ao artigo 37, § 1º, da Lei Federal nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (publicidade enganosa) (fls. 202/203). O total do crédito constituído neste auto infracional (Auto de Infração nº 5977), é de R$ 344.186,67 (trezentos e quarenta e quatro mil, cento e oitenta e seis reais e sessenta e sete centavos) (fls. 210/211).

Apresentou o agravante impugnação na esfera administrativa, a qual foi denegada (fls. 233) e ajuizou Ação Anulatória de Ato Administrativo contra a Fazenda do Estado de São Paulo, e em caráter liminar pretendeu suspender a exigibilidade da multa e impedir o ajuizamento da Execução Fiscal, mediante

Acesso ao Sumário

a prestação de seguro garantia em valor equivalente ao montante atualizado da multa acrescido de 30% (trinta por cento). Sucessivamente, pediu a redução do valor da multa. O débito foi inscrito na Dívida Ativa da Procuradoria Geral do Estado em 16.05.2014 (fls. 251).

Sobreveio a r. decisão impugnada, que é do seguinte teor (fls. 18):

"Vistos.

Trata-se de procedimento ordinário em que o Condomínio do Shopping Center Morumbi postula a anulação de auto de infração e multa, requerendo a suspensão liminar da exigibilidade do débito em razão de seguro garantia.

1. Indefiro o pedido. A caução, conforme Súmula 112 do STJ, só suspende a exigibilidade do débito se oferecida em dinheiro.

2. Cite-se, nos termos da lei.

Int."

Não há no presente recurso indício de que se mostre desacertada essa r. decisão, enfatizando-se que se está em sede de cognição inaugural e provisória, voltada unicamente ao pretendido deferimento de liminar antecipatória, com apoio no artigo 273 do CPC.

O seguro-garantia é novel modalidade de garantia das execuções, incluídas as execuções fiscais. Na letra do § 2º do artigo 656 do Código de Processo Civil, instituído pela Lei federal 11.382, de 2006: ***"§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)."*** No dizer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ***"pelo texto renovado do parágrafo 2º do artigo 656, a liquidez da fiança bancária foi estendida também ao seguro garantia judicial. Ambos se prestam, portanto, a substituir qualquer modalidade de penhora"*** ("A Reforma da Execução do Título Extrajudicial", Forense, 2007, pág. 850). E eventual controvérsia que pudesse emergir a respeito da aplicação daquela garantia às execuções fiscais foi dirimida pela recentíssima Lei federal n. 13.043, de 13 de novembro de 2014, que alterou a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80) para equiparar o seguro-garantia à fiança bancária como meio de garantia da execução, passando o § 3º do art. 9º da LEF a dispor: *"§ 3º A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, produz os mesmos efeitos da penhora*.".

Produzir os mesmos efeitos da penhora não quer dizer mostrar-se hábil a suspender a exigibilidade do crédito, efeito que a penhora não produz. Tratar-se-ia de contracautela em princípio suficiente para antecipar garantia de uma futura execução fiscal. Mas não é isso o que pretende o agravante. Deseja a suspensão da exigibilidade do crédito. E para tanto não se presta a garantia exibida. Soa o artigo 151, II, do Código Tributário Nacional: "***Art. 151. Suspendem a***

Acesso ao Sumário

exigibilidade do crédito tributário: (...) II - o depósito do seu montante integral;"

Como decidido pela MMa. Juíza de Direito, só o deposito integral e em dinheiro tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, ou a ele equiparado, como no caso. Nesse sentido o entendimento uniforme da jurisprudência, notadamente a do E. Superior Tribunal de Justiça, que assim decidiu, em recurso submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

*"**Deveras, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, com o escopo precípuo de viabilizar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa e a oposição de embargos. (Precedentes: AgRg no REsp 1157794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010; AgRg na MC 15.089/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 06/05/2009; AgRg no REsp 1046930/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 25/03/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; MC 12.431/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 12/04/2007; AgRg no Ag 853.912/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 29/11/2007; REsp 980.247/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2007, DJ 31/10/2007; REsp 587.297/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 05/12/2006; AgRg no REsp 841.934/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006)"*** (STJ, Primeira Seção, Resp. 1.156.668-DF, J. 24.11.2010, Rel. o Min. LUIZ FUX).

E desta Câmara: "***AÇÃO CAUTELAR – LIMINAR DEFERIDA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO – CAUÇÃO – ART. 206 DO CTN – CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA – POSSIBILIDADE DIANTE DA ADEQUAÇÃO DO SEGURO-GARANTIA INICIALMENTE PRESTADO EM RELAÇÃO AO VALOR TOTAL DA DÍVIDA E AO PRAZO DE VIGÊNCIA DO MESMO – ENTRETANTO, SE O CONTRIBUINTE PRETENDE A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, DEVE ATENDER AOS REQUISITOS DO ART. 151 DO CTN – HIPÓTESE EM QUE A AGRAVADA GARANTIU O DÉBITO, ANTECIPANDO A PENHORA, MEDIANTE A OFERTA DE BEM EM CAUÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE***." (TJSP, 11ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público, Agravo de Instrumento 940.204-5, atual 0390093-24.2009.8.26.0000, j. 14.09.2009, rel. o Des. PIRES DE ARAÚJO).

Por derradeiro, o agravante alude genericamente a seguro-garantia, mas não o comprova, não exibindo a respectiva apólice. Não lhe é dado pretender decisão judicial de cunho condicionado.

Não há, portanto, motivo para se alterar a r. decisão de que se recorre.

III. Pelo exposto, negam provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001306-48.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22186)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 12 de março de 2015.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução fiscal julgada extinta, em razão de decisão transitada em julgado proferida em mandado de segurança que reconheceu indevido o crédito tributário. Recurso de apelação recebido no duplo efeito. Pretensão ao recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo. Inadmissibilidade, pois não resta configurada qualquer das hipóteses de exceção à regra insculpida no art. 520, e seus incisos, do CPC. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **ABRIL COMUNICAÇÕES S/A** contra r. decisão de fls. 405 que, nos autos da execução

fiscal ajuizada pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, recebeu o recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 520, do Código de Processo Civil.

A agravante, em síntese, sustenta que lhe foi ajuizada a presente execução fiscal para cobrança de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, referente ao mês de outubro de 2001. Regularmente citada, apresentou ela exceção de pré-executividade alegando que a cobrança não merecia prosperar, uma vez que obteve provimento jurisdicional definitivo nos autos do Mandado de Segurança n. 053.01.007773-4 em que se afastou a incidência de ICMS sobre os serviços de provimento de acesso à internet, razão pela qual requereu que fosse decretada a improcedência da aludida cobrança, com a consequente extinção do feito executório, o que foi acolhido pelo MM. Juiz *a quo*. Ato contínuo, inconformada com a sentença extintiva, interpôs a ora agravada recurso de apelação, o qual foi recebido no duplo efeito. Entende a agravante que a r. decisão agravada não pode subsistir, visto que o recebimento do apelo também no efeito suspensivo implica possibilidade de continuidade do feito executório, o que culminaria com a liquidação da garantia ofertada (carta de fiança).

Recurso processado sem antecipação dos efeitos da tutela. Foram prestadas as informações (fls. 422/423) e a agravada apresentou resposta (fls. 434/437).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Insurge-se a agravante contra a r. decisão que recebeu o recurso de apelação no duplo efeito.

Conforme o disposto no art. 520, do Código de Processo Civil, a apelação, como regra geral, será recebida no duplo efeito: devolutivo e suspensivo. Somente quando a lei expressamente dispuser em sentido contrário é que a apelação deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo. Por ser matéria de restrição de direitos, a exceção mencionada na segunda parte do *caput* deve ser interpretada de forma estrita. A apelação deve ser recebida somente no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I) homologar a divisão ou demarcação; II) condenar à prestação de alimentos; III) decidir o processo cautelar; IV) rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; V) julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; e VI) confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Independentemente de requerimento (que seria supérfluo) do apelante, deve o juiz, ao receber a apelação, declarar os efeitos por ela produzidos (art. 518, *caput*). Ao relator da apelação, todavia, quando desprovida *ex vi legis* de efeito suspensivo, é dado, a requerimento do apelante, suspender, até o pronunciamento

Acesso ao Sumário

definitivo da câmara, o cumprimento da sentença, caso deste possa resultar lesão grave e de difícil reparação e se afigure relevante a fundamentação do recurso (parágrafo único do art. 558, na redação dada pela Lei nº 9.139/95). Na omissão do juiz, entende-se que recebeu a apelação em ambos os efeitos, pois, repita-se, essa é a regra.

No caso vertente, não se vislumbra qualquer das hipóteses de exceção à regra insculpida no aludido dispositivo legal em comento, razão pela fica mantida a r. decisão que recebeu o apelo no duplo efeito.

Isto posto, **conhece-se e nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2224797-37.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é agravado COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.015)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 19 de março de 2015.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: AGRAVO – DESAPROPRIAÇÃO – Decisão agravada que determinou que cabe à expropriada o pagamento do IPTU do exercício de 2010 – Impossibilidade – Imissão na posse que se efetivou em 10.2.2010 – A expropriada, ora agravante, deve arcar com o pagamento das parcelas do IPTU do exercício de 2010 limitado até a data da imissão na posse do imóvel, ficando, a partir desse momento, a cargo do expropriante o pagamento das demais parcelas – Precedentes.

Preliminar de não conhecimento do recurso por descumprimento do inc. III do art. 524 do CPC –

Acesso ao Sumário

Inocorrência – Inexistência de prejuízo à defesa do agravado, tanto que apresentou contraminuta. Decisão reformada – Recurso provido.

Jurisprudência - Direito Público

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO contra a r. decisão copiada a fls. 160 que, nos autos da Ação Desapropriatória movida pela COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, entendeu que o pedido de levantamento somente será deferido após comprovação do adimplemento fiscal pela parte expropriada, nos termos do artigo 34 do Decreto-lei 3.365/41.

Sustenta a agravante, em síntese, que a agravada promoveu ação de Desapropriação visando imóvel da agravante, e que uma vez depositado o valor provisório em 9 de dezembro 2009, pleiteou o levantamento dos 80% permitidos em lei, apresentando em cumprimento ao disposto no artigo 34 do Decreto-lei nº 3.365/41, a certidão negativa de débito de IPTU emitida em 8 de dezembro de 2009.

Relata que, em 10 de fevereiro de 2010 o Metrô foi imitido na posse do imóvel e em 19 de março de 2010 a expropriada reiterou o pedido de levantamento, mas o expropriante impugnou o pleito de levantamento alegando haver débito de IPTU referente ao exercício de 2010, exigindo, por conseguinte, a quitação do imposto predial, vindo decisão do Juízo "*a quo*" que deferiu o pedido de levantamento de 80% do valor depositado com a ressalva de que resta reservado o direito do Metrô, se diferença houver, devidamente comprovada, a ser deduzida dos 20% restante.

Explica que levantados os 80% dos valores pela expropriada, iniciou-se longa discussão a respeito da responsabilidade pelo pagamento do IPTU/2010 após a imissão da expropriante na posse, até que em março de 2011 o Juízo de 1º Grau determinou a intimação do Perito Judicial para apresentação do laudo definitivo e após, foi proferida sentença de mérito, tendo sido dado início à execução, com o expropriante depositando o saldo remanescente da indenização, ocasião em que a expropriada comprovou haver recolhido as parcelas do IPTU/2010 até a data da imissão na posse pelo expropriante, que ocorreu em 10.2.2010, e requereu o levantamento dos valores depositados nos autos, permanecendo caucionada a quantia de R$ 7.780,64 em garantia do débito fiscal do IPTU/2010.

Acesso ao Sumário

Diz que o Metrô novamente impugnou o pleito da agravante, exigindo o pagamento integral do IPTU/2010, sendo que o Juízo de 1º Grau acolheu o pedido da expropriante, carreando à expropriada a responsabilidade pelo

pagamento integral do tributo, decisão que não pode prevalecer.

Alega que a obrigação pelo pagamento do tributo passou a ser de responsabilidade exclusiva do ente expropriante a partir da sua imissão na posse do imóvel, conforme artigo 130 do Código Tributário Nacional e pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo que a agravante é responsável apenas pelas parcelas 3/10, que se venceram em fevereiro de 2010 e que foram devidamente quitadas, sendo que a partir de 10 de fevereiro de 2010 a expropriante tomou posse no imóvel e passou, desde então, a ser a única e exclusiva responsável pelo recolhimento das parcelas em aberto.

Com tais argumentos, pede a atribuição de efeito suspensivo e o provimento do recurso, a fim de que seja determinado que o agravado arque com o pagamento do IPTU/2010 (parcelas 4/10 a 10/10) e, por consequência, seja determinado o levantamento dos valores depositados nos autos.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 163/166) e o agravado apresentou contraminuta, ocasião em que arguiu preliminar de não conhecimento por não constar o endereço dos Patronos do expropriante, descumprindo os requisitos do inciso III do artigo 524 do Código de Processo Civil e, no mérito, requereu o improvimento (fls. 173/179).

É o relatório.

Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso.

O artigo 524 do Código de Processo Civil dispõe:

"O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

I - a exposição do fato e do direito;

II - as razões do pedido de reforma da decisão;

III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo".

No caso, a falta de indicação do nome e endereço dos Patronos do agravado não induz qualquer ilegalidade, na medida em que inocorreu qualquer prejuízo à defesa do agravado, tanto, que apresentou contraminuta.

Ademais, a fls. 13 da inicial do recurso consta o nome dos Patronos do agravado, e a fls. 21/29 as procurações e substabelecimentos.

Quanto ao mérito recursal, tem-se dos autos que o agravado ajuizou Ação de Desapropriação em face da agravante de imóvel descrito na inicial, ocasião em que requereu a imissão provisória na posse, ofertando a quantia de R$ 411.876,00, apurado conforme avaliação administrativa (fls. 18/20).

Recebida a inicial, o douto Magistrado nomeou Perito Judicial a fim de que fosse apurado em avaliação prévia o valor da justa indenização para fins de imissão provisória na posse do imóvel.

Acesso ao Sumário

Face ao depósito do valor inicial, foi a expropriante imitida provisoriamente na posse do imóvel desapropriado na data de 10 de fevereiro de 2010 (fls. 51/52), tendo, então, a expropriada apresentado as certidões exigidas na lei de regência e requerido o levantamento de 80% do valor depositado (fls. 43), discordando o expropriante sob a alegação de existência de débito de IPTU referente ao exercício de 2010, a cargo da expropriada (fls. 56 e 58/60).

O Juízo de 1º Grau deferiu o pedido de levantamento de 80% em favor da expropriante, mas reservando o direito ao Metrô, se diferença houver, devidamente comprovada, a ser deduzida dos 20% restante (fls. 94).

Posteriormente, o METRÔ, ora expropriante, peticionou nos autos informando a existência de pendência de débito do IPTU do exercício de 2010, sustentando que é de responsabilidade da expropriada e para que possa ser atendido o disposto no artigo 34 do Decreto-lei nº 3.365/41 (fls. 101/102).

As partes travaram debate acerca da responsabilidade do IPTU/2010, sobrevindo a decisão recorrida que entendeu que o pedido de levantamento somente será deferido após comprovação do adimplemento fiscal pela parte expropriada, nos termos do artigo 34 do Decreto-lei 3.365/41 (fls. 160).

Com efeito, leciona HELY LOPES MEIRELLES na obra "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª edição, Malheiros editores, pág. 577:

> ***"Feito o depósito, o expropriado poderá levantar oitenta por cento do seu montante, ainda que discorde do preço ofertado ou arbitrado, atendidas as exigências do art. 34 do Dec.-lei 3.365/41, ou seja, a comprovação da propriedade e da quitação de débitos fiscais incidentes sobre o bem até a data da imissão na posse, assim como a publicação dos editais para conhecimento de terceiros"*** (grifei).

E continua:

> ***"...Mas é de observar-se que desde a imissão provisória na posse o expropriante aufere todas as vantagens do bem e cessa para o expropriado sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais"*** (grifei).

No caso, conforme auto de imissão na posse, o expropriante foi imitido provisoriamente na posse do bem expropriado em 10 de fevereiro de 2010 (fls. 51/52).

Portanto, não é razoável que a expropriada arque com a totalidade do IPTU relativo ao exercício de 2010, tendo em vista que esteve na posse do imóvel apenas até a data em que o expropriante imitiu-se provisoriamente na posse, de modo que a partir desse momento (10.2.2010), é da responsabilidade do expropriante todos os encargos daí decorrentes, inclusive a título de IPTU.

Nesse sentido já decidiu esta Colenda Quinta Câmara de Direito Público, quando do julgamento da Apelação Cível nº 0046162-79.2009.8.26.0053,

Acesso ao Sumário

relatada pelo eminente Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO, julgado em 25.11.2013:

"No que concerne ao pagamento dos tributos, a questão merece maior detalhamento.

É fato que os expropriados devem arcar com o pagamento das exações que incidam enquanto forem proprietários. Deveras, o IPTU incide sobre a propriedade, sendo propter rem. Deste modo, como a imissão na posse ocorreu em 17/03/2008 (fls 247), as autoras respondem até esta data pelas parcelas devidas referentes ao imposto; após esta data, deve o Metrô arcar com o restante do valor. Seria mesmo injusto exigir que a parte arcasse com a integralidade do tributo, a despeito de ter perdido a propriedade".

Da relatoria do eminente Desembargador FRANCO COCUZZA que integrou esta Colenda Câmara, merece destacar o julgamento do Agravo de Instrumento nº 0167112-77.2012.8.26.0000, em 12.11.2012 :

"...a imissão na posse que equivale à antecipação da perda da propriedade pela desapropriação, torna descabida a exigência do pagamento do IPTU, em sua integralidade, dos expropriados, pois passa a ser exigível do atual possuidor, diante do caráter da obrigação"

Esse é o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"DESAPROPRIAÇÃO

Pretensão da agravante de que os agravado paguem o IPTU relativo ao exercício de 2012 em sua integralidade – Responsabilidade dos expropriados pela quitação dos tributos reais que se encerra na data de imissão provisória na posse – Decisão que determina a comprovação do pagamento do imposto em aberto até o mês de imissão na posse para que seja expedido o mandado de levantamento de 80% dos valores depositados a título de indenização – Cumprimento das exigências do art. 34 do Decreto lei nº 3.365/41. Recurso desprovido" **(AI nº 0208409-64.2012.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. em 5.11.2012).**

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que determinou a expedição de guia de levantamento a favor da agravante para a quitação do IPTU referente aos exercícios de 2010 a 2012 – Tributo do exercício de 2013 é devido pela agravante desde a imissão na posse – Admissibilidade – Fato gerador é a propriedade – Inteligência do art. 2º, da Lei Municipal n. 6.989/66 – Pedido de Uniformização de Jurisprudência Rejeitado – Recurso desprovido" **(AI nº 2038858-18.2013.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargadora SILVIA MEIRELLES, j. em 9.12.2013).**

Acesso ao Sumário

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação – Imissão provisória na posse, em 18/3/2013 – Deferimento em 11/6/2013 do levantamento de 80% (oitenta por cento) dos valores depositados em favor dos agravados – Preenchimento dos requisitos legais, nos termos do disposto no art. 34 do Decreto-lei nº 3.365/41 – Irresignação da agravante que pretende que os expropriados arquem com o pagamento integral do IPTU do exercício de 2013 – Inadmissibilidade – Há responsabilidade dos agravados pelo pagamento do tributo relativo ao imóvel, apenas até a imissão na posse pela expropriante – Precedentes do C. STJ e desta Corte Bandeirante – RECURSO DESPROVIDO” **(AI nº 0126714-54.2013.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI, j. em 24.9.2013).**

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito da questão:

“DESAPROPRIAÇÃO. LEVANTAMENTO DO PREÇO. ART. 34 DO DECRETO-LEI N. 3.365/41. COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS.

1. A entidade expropriante é responsável pelo pagamento dos tributos após ter sido imitida na posse do bem objeto da expropriação.

2. Na forma do art. 34 do Decreto-Lei n. 3.365/41, o expropriado poderá levantar o preço, se comprovar a quitação dos tributos fiscais incidentes sobre o imóvel desapropriado até a data em que a autoridade expropriante tiver sido imitida na posse, nos termos do art. 15 do referido Decreto-Lei, ou da efetiva ocupação indevida do imóvel pelo expropriante, se for o caso.

3. Recurso especial conhecido e provido em parte” **(REsp nº 195.672-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 3.3.2005).**

Assim, deve a expropriada, ora agravante, arcar com o pagamento das parcelas do IPTU do exercício de 2010 limitado até a data da imissão provisória na posse do imóvel, que se efetivou em 10.2.2010, ficando, a partir desse momento, a cargo do expropriante o pagamento das demais parcelas.

Pelo exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da interposição dos mesmos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037039-75.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ WESELLY AGUIAR DE SOUSA – ME- BIKE ALEMÃO, é agravado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. VU.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 396-15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 16 de março de 2015.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO. Fundo de comércio. Locatário. Pretensão à admissão como terceiro interessado e a que a imissão na posse seja condicionada à avaliação do fundo de comércio e depósito prévio do valor correspondente. Inadmissibilidade. Inexistência de amparo legal. Locatário que não pode ser considerado terceiro juridicamente interessado. Objeto da ação expropriatória que se limita à fixação do valor da justa indenização correspondente ao bem expropriado. Art. 26 do Decreto- lei 3365/41. Indenização pela perda do fundo de comércio do locatário que deve ser pleiteada em ação própria. Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de desapropriação, indeferiu os pedidos de ingresso do locatário nos autos, na condição de terceiro interessado, de suspensão da imissão na posse e de nomeação de perito para avaliação do fundo de comércio (fl. 25).

Alega o agravante que, na qualidade de locatário, tem interesse jurídico na resolução do mérito da demanda, pois o fundo de comércio é diretamente atingido pela desapropriação. A fixação do valor da indenização prescinde do ajuizamento de ação própria, considerando o princípio da economia processual.

Sublinha que o fundo de comércio nem sequer foi avaliado, embora a perícia tenha constatado o desenvolvimento da atividade comercial (bicicletaria) no imóvel. Na contestação, impugnou o valor ofertado, que não inclui a indenização devida ao locatário. Houve afronta ao art. 5º. XXIV, da CF. Menciona julgados favoráveis à tese defendida. Sublinha os prejuízos irreparáveis decorrentes da imissão na posse, sem o depósito de valor equivalente ao bem expropriado. Pede seja concedido efeito suspensivo para obstar a imissão na posse e o provimento do recurso para que seja deferida sua inclusão na relação processual, como terceiro interessado, e nomeado perito contábil para a avaliação do fundo de comércio.

É O RELATÓRIO.

Não assiste razão ao agravante. Foi correto o indeferimento do pedido de ingresso na demanda. Isso porque o agravante, locatário, não pode ser considerado terceiro juridicamente interessado. Não há vínculo entre ele, o objeto da ação expropriatória e a relação jurídica de direito existente entre proprietário e expropriante. Na ação expropriatória se discute apenas a indenização devida ao proprietário pela incorporação do bem ao patrimônio público, conforme disposto no art. 26 do Decreto-lei 3365/41: "no valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado". Não há que falar, portanto, em expropriação do fundo de comércio do locatário. É possível falar, sim, em indenização por sua perda, a qual, no entanto, deve ser pleiteada em ação própria, não submetida, evidentemente, ao rito previsto no Decreto-Lei 3365/41. Não há afronta ao art. 5º., *caput*, XXII e XXIV, da CF.

A respeito da questão em discussão nos autos cumpre mencionar o REsp 1395221/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 05/09/2013, DJe 17/09/2013: " Quanto à indenização pretendida, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o valor a ser pago na desapropriação deve corresponder real e efetivamente ao do bem expropriado, de modo a garantir a justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, motivo pelo qual deve ser incluída a quantia correspondente ao fundo de comércio. <u>Diferente, contudo, é a hipótese em que a indenização pela perda do fundo de comércio é pleiteada por terceiro, locatário do imóvel expropriado. Em tal circunstância, é uníssona a doutrina em proclamar a necessidade do ajuizamento de ação própria destinada à busca desse direito</u>, conforme lições a seguir reproduzidas: (*grifo nosso*)

"No que se refere ao fundo de comércio, a jurisprudência tem entendido que deve ser incluído no valor da indenização, se o próprio expropriado for o seu proprietário (cf. acórdão do STF in RDA 140/79 e 150/131); porém, se o fundo de comércio pertencer a terceiro, a este caberá pleitear a indenização em ação própria, tendo em vista que, conforme determina o artigo 26 do Decreto-lei nº 3.365/41, no valor da indenização não se incluirão os direito de terceiros; por

essa indenização responde o poder expropriante." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 23ª. ed., São Paulo, Atlas, 2010, pág. 175) (...)

"Outra questão relativa a direitos de terceiros diz respeito às locações. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desapropriação resolve os contratos de locação. Como não se trata de direito real, não há a sub-rogação do direito do locatário, titular de direito pessoal ou obrigacional, no valor indenizatório. Diante disso, pergunta-se: o locatário faz jus à indenização? Quem deve indenizar? Em caso positivo, qual a via adequada? No que concerne à primeira indagação, a resposta é positiva. Afinal, inexiste norma que exclua a responsabilidade civil do Estado no caso de desapropriação; ao contrário, ao Estado é atribuída responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, CF). Desse modo, provando o locatário que teve prejuízos com a resolução do contrato locatício por força da Superior Tribunal de Justiça desapropriação, tem direito a tê-los reparados pelo expropriante. A hipótese é mais comum em locações de natureza comercial, nas quais o comerciante locatário, em virtude de sua atividade, constitui fundo de comércio. Uma vez que o fundo possui valor patrimonial, haverá inevitável prejuízo ao locatário pela rescisão do contrato, e terá ele direito à reparação dos prejuízos. Quanto à segunda indagação, tem-se que não é o locador o responsável pelo dever indenizatório, mas sim o expropriante, porquanto é a este, e não àquele, que se imputa a causa da cessação do vínculo locatício. Quanto à via adequada, tem-se que o pedido indenizatório não pode ser formulado nos autos do processo de desapropriação, mas em ação autônoma, já que se trata de matéria alheia à transferência do bem, que constitui o objeto da ação expropriatória." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23ª ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 941)."

Do exposto se extrai que é descabido condicionar a imissão provisória na posse à avaliação do fundo de comércio do locatário e ao depósito prévio do valor correspondente. Conforme já salientado, a indenização a ele devida deve ser discutida em ação autônoma, e o pagamento, evidentemente, estará sujeito à ordem dos precatórios. Cumpre observar, ainda, que a prova pericial necessária à apuração de tal indenização é contábil. Mais uma razão a demonstram a inutilidade da suspensão da imissão na posse. Nesse sentido, o decidido no REsp 1337295/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 20/02/2014, DJe 07/03/2014: "A imissão provisória na posse não deve ser condicionada ao depósito prévio do valor relativo ao fundo de comércio eventualmente devido ao locatário, tendo em vista que o pagamento da indenização, apurada em ação própria, está sujeito à sistemática do art. 100 da Constituição Federal. Precedentes do STJ." Assim também o decidido no AgRg na SLS 1.681/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 17/12/2012, DJe de 1º/2/2013, cuja ementa merece transcrição:

Acesso ao Sumário

"II- Na hipótese, causa lesão à ordem e à economia públicas a decisão que impede, em ação de desapropriação de imóvel por utilidade pública, a imissão provisória na posse pelo ente expropriante, em virtude da ausência de indenização prévia referente ao fundo de comércio, pois tal decisão paralisa obra de suma importância para a cidade de São Paulo/SP, qual seja, a expansão de seu sistema metroviário.

"III - A indenização pelo fundo de comércio, apesar de devida, não pode obstar a imissão provisória da posse pelo ente expropriante, cujos requisitos são a declaração de urgência e o depósito do valor estabelecido conforme o art. 15 do Decreto-lei nº 3365/41"

Por todas essas razões, a decisão agravada não comporta reparo.

Pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

Jurisprudência - Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022081-84.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ANDRÉ LUIZ PONZONI, APARECIDO DA SILVA, ARMANDO ROBERTO BELLIO, FABIO GUTIERREZ ANTONIO, JAIR DOMINGUES, JOAO CARLOS NAVAS, JOSE MIGUEL RUSSI, LOURDES APARECIDA DA ROCHA BASTOS, LUCIA REGINA CAMBEIRO PIMENTA XAVIER e LUIS GUILHERME PIMENTA XAVIER, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18604)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 18 de março de 2015.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Servidores Estaduais Inativos – Indenização de férias e licença-prêmio – Remessa *ex officio* dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública – Inadmissibilidade – Demanda que não tem conteúdo econômico imediato – Valor atribuído à causa meramente estimativo –

Precedentes. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ***André Luiz Ponzoni*** e ***outros*** contra a respeitável decisão de fls. 44/45, que, nos autos da ação ordinária proposta em face da ***Fazenda do Estado de São Paulo***, determinou a redistribuição do processo ao Juizado Especial da Fazenda Pública, sob o fundamento de que, para fixação da competência do JEFAZ, o valor da causa deve ser considerado individualmente entre os litigantes.

Os agravantes sustentam, em síntese, que possuem liberdade para escolher sobre a instituição do litisconsórcio facultativo e que o valor dado à causa é meramente estimativo, haja vista que o cálculo do exato proveito econômico pretendido somente será possível após a parte contrária trazer aos autos os dados referentes a vida funcional de seus servidores.

Regularmente processado o recurso com a outorga do efeito suspensivo, foram dispensadas informações e apresentação de contraminuta, já que ainda não formada a relação processual.

É o relatório.

Extrai-se dos autos que os agravantes, servidores públicos estaduais inativos, ajuizaram ação ordinária em face da Fazenda do Estado de São Paulo, visando ao pagamento de indenizações de férias e licença-prêmio não gozadas durante a atividade.

Atribuída à causa o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o MM. Juiz *a quo* dividiu referido valor pelo número de litigantes, obtendo montante individual que não ultrapassa o limite imposto pela Lei nº 12.153/09, motivo pelo qual determinou a redistribuição dos autos ao Juizado Especial da Fazenda.

Contudo, respeitado o entendimento do Douto Magistrado, incabível a remessa *ex officio* ao Juizado, porque na espécie o valor foi apontado como mera estimativa.

Nos termos do artigo 258 do Código de Processo Civil, "*a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato*".

No caso em tela, resta patente a impossibilidade, neste momento processual, de se averiguar o exato valor da causa, haja vista que sua apuração não depende de simples cálculo aritmético.

Em razão da natureza da demanda é mais que compreensível que a atribuição ao conteúdo econômico seja realizada por estimativa.

Ressalta-se que o polo ativo é composto por dez servidores, cada qual com suas peculiaridades funcionais e, em razão de suas hipossuficiências técnico-probatórias, não há como firmar com precisão o montante que os agravantes

Acesso ao Sumário

entendem devido para cada um.

Aliás, esta E. Câmara já se manifestou nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação ordinária proposta em face da Fazenda do Estado – Servidores públicos – Verbas remuneratórias – Litisconsórcio ativo facultativo – Competência – Decisão agravada que determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública (JEFAZ) – Lei n.º 12.153/09 – Impossibilidade – Precedentes – Segundo a lei instituidora, o Juizado Especial da Fazenda Pública tem competência absoluta para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de sessenta salários mínimos (art. 2º da Lei n.º 12.153/09) – O § 3º do art. 2º da lei foi objeto de veto presidencial, de forma que o valor da causa em litisconsórcio ativo deve ser considerado uno, e não divisível por litisconsorte – A aferição da pretensão patrimonial individual é imprecisa, porque depende de informações da parte contrária e de liquidação para sua execução, devendo ser considerado o valor atribuído à causa na inicial, por estimativa – Precedentes desta 8ª Câmara de Direito Público – Decisão agravada reformada – Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2229088-80.2014.8.26.0000, Rel. Ponte Neto, j. 11/02/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMENDA DA INICIAL – Ordem de apresentação de memória de cálculo discriminada para apuração do valor da causa – Decisório que não merece subsistir – Art. 2º da Lei Federal n. 12.153/2009, que estabelece ser de competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública o processamento, a conciliação e o julgamento de causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, de até 60 (sessenta) salários mínimos – Indicação de valor superior ao teto legal - Circunstância que, aliada à complexidade da demanda e a existência de vários litisconsortes, afasta a competência dos juizados especiais, destinados às causas compatíveis com os princípios da oralidade e simplicidade que regem o rito sumaríssimo, tornando inócua a ordem de emenda da inicial – Decisão reformada – Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2186897-20.2014.8.26.0000, Rel. Rubens Rihl. j. 25/11/2014)

Ademais, a estimativa aqui apresentada é provisória, o que não impede a Fazenda de impugná-la com dados concretos e, certamente, será fixada de maneira definitiva quando da prolação da sentença ou na sua liquidação.

Nessas hipóteses, não se pode impor aos autores a escolha do procedimento especial.

É que diante da lacuna da Lei nº 12.153/09, o trâmite da ação pelo

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

procedimento especial é opção dos autores, consoante dispõe o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 9.099/95, aplicado subsidiariamente.

Isso porque haverá renúncia ao crédito excedente ante ao limite de alçada estabelecido na Lei que instituiu o Juizado Especial da Fazenda Pública.

Portanto, considerando que é opção dos autores litigarem na Justiça Especial ou Comum, visto tratar-se de faculdade da parte a questão da jurisdição, não pode o Juízo declinar da competência, uma vez que referida opção trará consequências não só de ordem econômica, como a referida limitação da alçada, mas, ainda, de ordem processual, dada a restrição concernente à produção de provas.

Ante ao exposto, pelo meu voto, ***dá-se provimento*** ao recurso para determinar o prosseguimento do feito na Vara da Fazenda Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2162387-40.2014.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é agravante MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14030)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 11 de março de 2015.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO – MODALIDADE CONCORRÊNCIA PÚBLICA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL – POSSIBILIDADE. 1. É possível a suspensão de contrato administrativo e respectivos pagamentos, quando verificada a presença de irregularidades no certame. 2. Ademais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é providência que

se insere no livre convencimento do Magistrado. 3. Decisão agravada, mantida. 4. Recurso de agravo de instrumento, desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, objetivando a reforma da r. decisão de fls. 87/89 que, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra a Prefeitura Municipal de Catanduva e outros, antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, apenas, para suspender a execução do contrato administrativo decorrente de processo licitatório, modalidade Concorrência Pública nº 01/2014 e os respectivos pagamentos.

A parte agravante sustentou, em resumo, o seguinte: a) o objeto da contratação está relacionado com projetos específicos, de grande complexidade, que não podem ser realizados por funcionários da Municipalidade; b) o objetivo de alguns projetos refere-se à construção de instalações da FATEC e reforma do Terminal de Passageiros. Postulou, por fim, a atribuição de efeito ativo e, no mérito, o provimento do recurso.

Dispensadas as informações, o recurso, tempestivo e isento de preparo, foi processado sem a atribuição de efeito ativo e respondido.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se a fls. 192/196, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso de agravo de instrumento não comporta provimento.

A parte agravante pretende, em sede recursal, o prosseguimento do contrato administrativo decorrente da Concorrência nº 01/2014.

Não obstante as inúmeras questões presentes no caso concreto, cabe, apenas, verificar, nesta sede recursal, a possibilidade do deferimento da excepcional medida.

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional está subordinada à presença dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja, o pedido deve estar fundado em prova inequívoca da verossimilhança da alegação e dano irreparável ou de difícil reparação. E, tais requisitos, conforme já decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça: "*são concorrentes; a ausência de um deles inviabiliza a pretensão do autor*" (REsp nº 265.528-RS, Rel. o Min. Peçanha Martins, j. em 17.6.2003).

Além disso, como é cediço, em ação de conhecimento, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, é medida excepcional que, somente, deve ser concedida pelo Juiz quando o perigo for iminente, não sendo possível aguardar o curso natural do processo até o desfecho com a sentença.

Acesso ao Sumário

Ademais, o exame dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos tutela jurisdicional está afeto ao juízo *a quo*, cabendo a está instância recursal reapreciar a questão, apenas, para verificar se a decisão é teratológica, se foi proferida com abuso de poder ou padece de ilegalidade, hipóteses não presentes nos autos.

É dos autos que a Ação Civil Pública foi ajuizada sob o fundamento de que o contrato administrativo celebrado com a corré L.A. Falcão Bauer – Centro Tecnológico de Controle de Qualidade Ltda., decorrente do Edital de Licitação nº 01/2014, é nulo, porquanto é desnecessário, tendo em vista que os servidores do Município de Catanduva estão tecnicamente capacitados para a realização do mesmo serviço.

Pois bem. A medida antecipatória deve ser ratificada, nesta oportunidade, pois, os elementos de convicção produzidos nos autos indicam, ao menos por ora, a presença de prova inequívoca da verossimilhança da alegação e dano irreparável ou de difícil reparação.

Com efeito. A empresa corré foi contratada, pelo valor estimado de R$ 3.858.084,41, para o seguinte: "*Registro de Preços de Prestação de serviços de engenharia, arquitetura e urbanismo para elaboração de estudos e projetos, gerenciamento, supervisão e fiscalização das obras púbicas do Município de Catanduva*" (fls. 56).

E, conforme as informações obtidas no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Catanduva – Portal de Transparência, verifica-se que a referida Municipalidade tem servidores públicos com aptidão técnica para, em tese, realizar as mesmas tarefas (fls. 82/86).

Outrossim, como consignado pelo ilustre Magistrado de Primeiro Grau: "*em uma análise perfunctória, deveras, é possível extrair o periculum in mora, tendo em vista a possibilidade de realização de pagamentos de razoável monta, permitindo concluir também em juízo superficial, a promoção de possíveis danos aos cofres públicos*" (fls. 88).

Finalmente, a suspensão da execução do referido contrato administrativo, até a devida instrução processual e contraditório, não acarretará nenhum prejuízo à parte agravante, porque o respectivo objeto não têm caráter de urgência e será realizado conforme a demanda (Anexo XIV – da Ata de Registro de Preços referente à Concorrência nº 01/2014, cláusula quarta, itens 4.1, 4.2 e 4.3), o que, aliás, foi confirmado pela própria Municipalidade a fls. 5, das razões recursais.

Acesso ao Sumário

Portanto, a manutenção da medida excepcional, concedida em Primeiro Grau de Jurisdição, é de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de agravo de instrumento, ratificando, na íntegra, a r. decisão recorrida, por seus próprios e

jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2059204-53.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ALEXANDRE CARDOSO, são agravados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRANSITO – DETRAN, PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e WILSON LUCAS DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. Por maioria de votos, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.368)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 12 de março de 2015.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Competência. Juizado Especial e Vara da Fazenda Pública. Presença de pessoa física no polo passivo da demanda. Inadmissibilidade nos Juizados Especiais da Fazenda, a teor do art. 5º, II, da Lei nº 12.153/2009. Precedentes. Prosseguimento do feito na Vara da Fazenda Pública. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alexandre Cardoso contra r. decisão copiada a fls. 57, por meio da qual a DD. Magistrada *a quo* determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública, ante o valor atribuído à causa.

Sustenta, em síntese, que apesar de a ação se adequar à competência do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, a presença de pessoa física no polo passivo impede o ajuizamento da demanda no referido órgão judicial, a teor do disposto no art. 5º, II, da Lei federal nº 12.153/09.

Foi deferido o efeito suspensivo ao recurso.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Estamos a tratar de recurso adequadamente processado, respondido apenas pela Fazenda estadual.

É o relatório. Passo ao voto.

O recurso comporta provimento, consoante fundamentação que adiante seguirá.

Com efeito, a presença no polo passivo das demandas movidas nos Juizados Especiais da Fazenda Pública é restrita às pessoas jurídicas de direito público interno, suas autarquias, fundações e empresas públicas, consoante dispõe o art. 5º, II, da Lei nº 12.153/09, *in verbis*:

"Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:

(...)

II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas."

No caso dos autos, entretanto, o autor ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária em face do Estado de São Paulo, do Detran e de Wilson Lucas de Oliveira (fls. 7/8).

Assim, em que pese o entendimento da DD. Magistrada, não há como se reputar competente o Juizado Especial da Fazenda Pública para o julgamento do feito, tendo em vista a presença de pessoa física no polo passivo da ação.

Nesse sentido já se manifestou este Egrégio Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – VARA DA FAZENDA PÚBLICA – Autora que pretende a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária em relação a veículo adquirido de pessoa jurídica e posteriormente devolvido – Juízo que determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública, tendo em vista que a pretensão não supera 60 salários mínimos – Decisório que não merece subsistir – Polo passivo composto por Fazendas Públicas e pessoa jurídica de direito privado – Impossibilidade de redistribuição ao JEFAZ – Sociedade limitada que não pode ser ré naquele Juizado – Art. 5º, II, da Lei nº 12.153/09 – Prosseguimento do feito na vara de origem – Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2063252-55.2014.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Rubens Rihl, j. 15/07/2014)

'CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Juizado Especial e Vara da Fazenda Pública. Ação em que o autor postula a destituição de servidores de cargos públicos e a sua posse no quadro do funcionalismo. Pessoa física que ocupa o polo passivo. Inadmissibilidade nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 5º, II, da Lei nº 12.153/2009). Competência do suscitado." (Conflito de Competência nº 0154994-69.2012.8.26.0000, Câmara Especial, rel. Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 12/11/2012)

Portanto, de rigor o provimento do recurso para determinar o

Acesso ao Sumário

prosseguimento do feito na 6ª Vara da Fazenda Pública.

Isso posto, voto no sentido do **provimento** do recurso.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual[1], ficando as partes intimadas desde já a apresentarem manifestação em caso de oposição ao julgamento virtual.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1026958-56.2014.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ROBERTO AUGUSTO VASQUES, GERSON TIMOTHEO ASSUMPÇÃO, RUBENS LOPES, JOÃO FRANCISCO RODRIGUES ABRANTES, JOSÉ ANTONIO BRANCO NETO, JOSÉ PEDRO DA SILVA, PAULO FERREIRA DA SILVA OLIVEIRA, RICARDO VIEIRA RIBEIRO, ARNALDO FRANCISCO DOS SANTOS, ROSILÉIA PEREIRA DE SOUZA RAMIREZ, ADAMILSON RIBEIRO PINTO, RUBENS DA ROSA MARTINS, RUY ANTONIO ROSOLEN, SEBASTIÃO DE AQUINO MOURA, SEBASTIÃO JOÃO QUINTINO, SEVERINO PONTES DE MOURA, SUELI ELAGO, TEREZA SCHIAVON FERREIRA, ANTONIA FARIA, IVO MINELLI, ARTHUR DA SILVA JUNIOR, ADERALDO JOSÉ DA SILVA FILHO, AGNELLO ALVES CORREA FILHO, ANGELA CECÍLIA BERNARDES, ANTONIO APARECIDO DE SOUZA, ANTONIO DE FREITAS GIMENEZ, ERNESTO MENDES DE OLIVEIRA, DORIVAL BIASON (E OUTROS (AS)), GILVAM FERREIRA DOS SANTOS, BERILO NAZARENO DE FREITAS, CLAUDENOR LACERDA DE QUEIROZ, DONATO OHASHI, EDMUNDO DE BRITO e ENIR OLIVEIRA SANTOS ORTIZ, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.900)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 6 de março de 2015.

1 Nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA. Pretensão ao pagamento de indenização por danos morais em virtude no atraso de pagamento de precatórios. Improcedência. Transtorno que não é apto a provocar dano reparável. Ordenamento jurídico que já prevê consequências para o não cumprimento da ordem judicial. 2. Decisão confirmada. Agravo não provido.

VOTO

Tempestivo agravo tirado da decisão proferida a f. 300/3, que, com espeque no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso dos agravantes para manter sentença que julgou improcedente ação indenizatória por dano moral em caso de atraso no pagamento de precatórios.

Pede submissão da lide ao colegiado e reforma da decisão.

É o relatório.

1. Assim dispus na decisão agravada:

1. Em pretensão semelhante[1], para emendar o entendimento esposado na sentença acerca da inocorrência de dano moral em caso de atraso no pagamento de precatórios, esta Câmara deixou assentado o seguinte:

(...) Embora reprovável o atraso a que a Fazenda submeta seus credores, não há que se alegar seja este dano de ordem moral, uma vez que não denigre a honra; a imagem; o caráter da parte autora, tampouco provoca dor intensa que justifique o reparo por parte da Administração.

Conforme lição de Sérgio Cavallieri Filho, em AP.8.218/95-RJ, "A matéria de mérito cinge-se em saber o que configura e o que não configura o dano moral. Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos agora o risco de ingressarmos na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como danos moral. Em busca de indenizações milionárias. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente

Acesso ao Sumário

1 Apelação nº 0007450-05.2008.8.26.0619, Rel. Eduardo Gouvêa, j. 08.09.2014

familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos...” (...)

Ademais, bem ponderou o ilustre sentenciante acerca da existência de sanção apropriada à repreensível desídia da Fazenda Pública, que consiste, justamente, nos juros de mora e correção monetária, aplicáveis à condenação, *in verbis* (f. 259):

Ademais, o reconhecimento de dano moral em decorrência do atraso no pagamento dos precatórios judicias agrega uma sanção adicional não reconhecida pelo sistema normativo. Dessa maneira, embora reprovável o atraso a que a Fazenda submeta seus credores, não há que se alegar seja este dano de ordem moral, uma vez que não denigre a honra; a imagem; o caráter da parte autora, tampouco provoca dor intensa que justifique o reparo por parte da Administração. E, por derradeiro, há de se considerar que eventual atraso no pagamento dos precatórios será acrescido de juros de mora e correção monetária, fato que só corrobora a inexistência do dano moral.

Nesse sentido:

> Apelação Pretensão ao pagamento de indenização por danos morais em virtude no atraso de quitação de precatórios. Dano moral não provado. Transtorno que não é apto a provocar dano reparável. <u>Ordenamento jurídico que já prevê consequências para o não cumprimento da ordem judicial</u>. Sentença mantida Recurso a que se nega provimento.[1] (g.m)

2. Posto isso, nego seguimento ao recurso, cuja manifesta improcedência autoriza desate monocrático (CPC, art. 557, caput).

2. As razões de recurso não apontam ocorrência de *error in judicando*. Ratifico a decisão vergastada, pois, de modo a denegá-lo.

Para efeito de exercício de recursos nobres, deixo expresso que o desate não ofende norma legal alguma, constitucional ou infraconstitucional. Consigno, ainda, que foram consideradas todas as normas destacadas pelos litigantes, mesmo que não citadas expressamente.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014275-32.2010.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante BANCO <u>ITAUCARD S/A</u>, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE.

1 Apelação nº 0008578-79.2013.8.26.0071, Rel. Ponte Neto, j. 10.09.2014

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.219)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: ISS – Arrendamento Mercantil (leasing financeiro) – Município de Praia Grande – Embargos à execução fiscal julgados improcedentes – Imposto devido nas operações que envolvem leasing financeiro – Repercussão geral reconhecida e julgada pelo STF – Hipótese, todavia, de competência do município em que situada a sede do prestador de serviço – Precedente do STJ ao qual se imprimiu o regime do art. 543-C do CPC – Inexistência de relação jurídico tributária, diante disso, a vincular o executado, sediado em outra localidade, e o Município de Praia Grande – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Embargos à execução fiscal fundada em ISS e multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da prestação de serviços de arrendamento mercantil (leasing financeiro) julgados improcedentes pela sentença de fls. 312/316, prolatada pelo Meritíssimo Juiz de Direito Enoque Cartaxo de Souza.

Apela o embargante insistindo na acolhida da oposição, aos seguintes argumentos, em resumo: a exação está eivada de inconstitucionalidade, por encerrar o contrato de arrendamento mercantil uma obrigação de dar e não de fazer; de outra banda, se mantido o entendimento acerca da incidência do imposto sobre a atividade de *leasing* financeiro, deve ser reconhecida a ilegalidade da cobrança por ter ocorrido o recolhimento do imposto na sede do estabelecimento prestador dos serviços, localizado no Município de Poá, nos termos da disposição contida no Decreto-Lei nº 406/68 e na Lei Complementar nº 116/03, conforme documentos anexados aos autos; por fim, deve ser reconhecida a ilegalidade do lançamento por arbitramento, nos termos do art. 148 do CTN, por inadequação da medida, ao eleger como base de cálculo do imposto, o valor de um suposto serviço prestado, em afronta ao inciso IV, do art. 150 da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Regularmente processado, seguindo-se resposta.

É o relatório.

Comporta acolhida a irresignação.

O Banco-embargante foi autuado por não recolhimento do ISS sobre as atividades de arrendamento mercantil (*leasing financeiro*) e por descumprimento de obrigações acessórias relacionadas à prestação de serviços desses serviços, nos termos da notificação de nº 19.030/2008-10, fundada no art. 192, LC nº 236/1999 e Decreto nº 3.890/2005, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008.

Antes de tudo, impõe-se registrar que o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em precedente que gerou Repercussão Geral (RE 592905/SC, Relator Ministro Eros Grau, m.v., DJ de 05.03.2010), assentou incidir o ISS apenas sobre as operações de *leasing* denominadas financeiro e *lease-back.*

No caso de que se cuida não há qualquer dúvida de que o objeto da autuação ora impugnada consiste justamente na operação denominada *leasing* financeiro.

Por outro lado, após um período de tormentosa controvérsia acerca da competência para instituição e cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil, o Colendo Superior Tribunal de Justiça veio a pacificar o tema, quando do julgamento do REsp. nº 1.060.210/SC, o qual foi submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

Na linha desse precedente, menciona-se, para ilustrar, o julgamento dos EDcl no AgRg no REsp 1360014/SC (2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, julg. em 08.04.2014), de cujo acórdão extrai-se a ementa:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ISSQN SOBRE OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. MUNICÍPIO COMPETENTE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.060.210/SC, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ATRIBUIÇÃO DE EXCEPCIONAIS EFEITOS INFRINGENTES.

A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008, firmou a orientação no sentido de que "(b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo".

2. De acordo com essa nova orientação, em se tratando de ISS especificamente sobre as operações de arrendamento mercantil, irrelevante

Acesso ao Sumário

tenham sido referidas operações realizadas na vigência do DL n. 406/68 ou da LC n. 106/2003, pois em qualquer hipótese "o Município do local onde sediado o estabelecimento prestador é o competente para a cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil", pois é nele (estabelecimento) em que o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, ocorre, qual seja a "decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento".

No caso, pelo que se lê do levantamento levado a cabo pelo órgão fiscalizador do Município de Praia Grande (fls. 131 e ss.), as aparências deixaram a impressão de que o fato gerador da obrigação tributária ocorreu naquele Município, por conta da concessão de financiamento por meio das Revendas Credenciadas, sem indicativo, portanto, da existência de sede ou agência/filial/sucursal com autonomia decisória do Banco-embargante.

A documentação encartada nos autos (v. cópia da certidão expedida pela Prefeitura da Estância Hidromineral de Poá fls. 107 e guias de recolhimento – DARM a fls. 59/106), todavia, aponta para outra realidade, porquanto, como se denota no documento primeiramente referido, o Banco Itaucard S/A encontra-se estabelecido no Município de Poá pelo menos desde 2000, com atividade de Banco Múltiplo.

Insubsistentes, assim, os argumentos da aqui recorrida amparados em indícios da prestação dos serviços em Praia Grande. Como a obrigação principal é cumprida em Poá, também nesse Município deve ocorrer o cumprimento das obrigações acessórias.

Com razão, portanto, o embargante quando se bate pela incompetência da recorrida para instituir e cobrar o ISS incidente sobre as operações aqui versadas, cumprindo, por isso, a desconstituição das autuações impugnadas.

Impunha-se, então, fossem os embargos julgados procedentes, com a condenação da Municipalidade vencida ao pagamento das custas do processo e de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 10.000,00, sujeitos à atualização a partir desta data.

Para esse fim, em suma, meu voto dá provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003531-52.2011.8.26.0247, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante PRATICAGEM DE SÃO SEBASTIÃO – SERVIÇOS DE PRATICAGEM DO CANAL E PORTO DE SÃO SEBASTIÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA., é

apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ILHA BELA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21818)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação Declaratória – ISS dos exercícios de 2005 a 2010. 1) Documento em língua estrangeira sem tradução – Possibilidade – Ausência de prejuízo à defesa do contribuinte. 2) Alegação de negativa de prestação jurisdicional – Inocorrência. 3) Prestação de Serviço de Praticagem – Atividade prevista no item 20.01 da Lista de Serviços da LC 116/03 – Alegação de que o tributo é devido ao Município de São Sebastião – Incompetência da Municipalidade de Ilhabela – Ausência de porto na cidade – Recolhimento do tributo no município onde se encontra localizado o porto e a sede da empresa – Inteligência do art. 3º da LC 116/03 – Precedente do STJ – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária proposta por PRATICAGEM DE SÃO SEBASTIÃO SERVIÇOS DE PRATICAGEM DO CANAL E PORTO DE SÃO SEBASTIÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA., em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE ILHABELA, objetivando a declaração de nulidade do Termo de Verificação Fiscal (TVF) oriundo do Processo Administrativo nº 62635/2010, que apontou dívida de ISS incidente sobre os serviços de praticagem no valor de R$ 1.250.179,46 (fls. 782).

Sustenta a autora que o Município de Ilhabela é ilegítimo para a cobrança do tributo, posto que ali inexiste porto ou atracadouro, descaracterizando os serviços, nos termos do art. 3º, XXII, da Lei Complementar nº 116/03; impossibilidade para efetuar a cobrança do ISS uma vez que o serviço de

Acesso ao Sumário

praticagem é realizado a bordo dos navios em mar territorial da União e que que o tributo já é recolhido no Município de São Sebastião, ocasionando, assim, verdadeira bitributação.

O Município de Ilhabela contestou o feito às fls. 115-A/122-A.

A sentença de fls. 1062/1068, proferida pelo MM. Juiz Carlos Eduardo Mendes, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, reconhecendo a competência da Municipalidade de Ilhabela para a cobrança de ISS, sob o fundamento de que os navios de cruzeiro ficam ancorados no Canal de São Sebastião e os passageiros têm como destino a cidade de Ilhabela, motivo pelo qual o tributo deve ser ali cobrado; afastando o recolhimento na forma fixa. Por fim, condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 1087/1095), recebidos e rejeitados pela decisão de fls. 1096.

Inconformada, apelou a autora às fls. 1109/1152, requerendo a reforma da sentença. Sustentou, em preliminar, a irregularidade do documento em língua estrangeira sem a devida tradução que instruiu o processo administrativo; a inexistência de documentação apta a comprovar a incidência do tributo em Ilhabela; a nulidade da decisão proferida nos Embargos de Declaração, por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, alegou que os navios de cruzeiro não atracam em Ilhabela, por não possuir porto, conforme regra prevista no art. 3º, inciso XXII, da LC 116/03. No tocante ao recolhimento do tributo, aduziu que o mesmo já fora recolhido no Município de São Sebastião, conforme documentação carreada aos autos e, por fim, impugnou a base de cálculo aplicada pelo fiscal municipal e a incidência de multa de 100%, bem como requereu a aplicação de alíquota fixa do ISS por se tratar de atividades realizadas por sociedade uniprofissional.

A Municipalidade de Ilhabela apresentou contrarrazões às fls. 1162/1166.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 1154/1155).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso merece ser provido.

Insurge-se a autora contra o Termo de Verificação Fiscal (TVF) oriundo do Processo Administrativo nº 62635/2010, que apontou dívida de ISS incidente sobre os serviços de praticagem no valor de R$ 1.250.179,46 (fls. 782), alegando que o tributo não é devido ao Município de Ilhabela.

1) Documento em língua estrangeira

Inicialmente, não prospera a alegação de irregularidade de documentos redigidos em língua estrangeira.

Acesso ao Sumário

Isto porque, como bem reconheceu o juiz *a quo*, o conteúdo do documento de fls. 883 "é de matéria totalmente afeta ao tipo de serviço que presta", cuja informação nela contida restou devidamente esclarecida no documento de fls. 882, não se vislumbrando qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, que pôde apresentar recurso administrativo e a presente ação declaratória impugnando a tributação.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ, cuja ementa segue transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO REDIGIDO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA, DESACOMPANHADO DA RESPECTIVA TRADUÇÃO JURAMENTADA (ART. 157, CPC). ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficácia de prova. O art. 157 do CPC, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os princípios que regem as nulidades, nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (*pas de nulitté sans grief*). Não havendo prejuízo, não se pode dizer que a falta de tradução, no caso, tenha importado violação ao art. 157 do CPC. 2. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp 616.103/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/9/2004, DJ 27/9/2004).

2) Da alegação de negativa de prestação jurisdicional

No que diz respeito à alegada negativa de prestação jurisdicional, não se pode olvidar que o Juiz é livre no seu convencimento, não estando obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos expendidos pelas partes, bastando que fundamente seu entendimento ao decidir a lide.

Ademais, as questões levantadas na inicial foram devidamente analisadas pelo juiz, embora sucintamente, mas de forma profícua, não se vislumbrando qualquer das nulidades apontadas pelo apelante a macular a sentença ou o feito, nos termos do art. 131 do CPC.

A jurisprudência do STJ, inclusive, é pacífica no sentido de que "o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados (REsp 684.311/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 18.4.2006)".

3) Dos serviços de praticagem

Segundo consta dos autos, a autora é uma sociedade civil, por quotas de

Acesso ao Sumário

responsabilidade limitada, que tem por objeto social “serviços de praticagem na zona de praticagem do Estado de São Paulo” (fls. 50/69).

De acordo com o art. 12 da Lei nº 9.537/97, “O serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação”.

Sustenta a autora, ora apelante, que os serviços de praticagem são realizados em mar territorial, ou seja, no território da União, motivo pelo qual estariam fora da competência tributária de Ilhabela.

Sem razão, contudo.

Na hipótese dos autos, verifica-se que os serviços prestados pela apelante estão inseridos no item 20.01 da Lista de Serviços anexa à LC 116/03, que discrimina as atividades de: “serviços portuários, ferroportuários, utilização de porto, movimentação de passageiros, reboque de embarcações, rebocador escoteiro, atracação, desatracação, serviços de praticagem, capatazia, armazenagem de qualquer natureza, serviços acessórios, movimentação de mercadorias, serviços de apoio marítimo, de movimentação ao largo, serviços de armadores, estiva, conferência, logística e congêneres”.

Portanto, não há dúvida quanto à incidência do ISS sobre os serviços de praticagem.

No que tange ao local do recolhimento do tributo, o inciso XXII do art. 3º da Lei Complementar nº 116/03 dispõe que:

“O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa”.

Por seu turno, o § 3º do referido dispositivo legal prevê que:

“§ 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01”.

Assim, o aspecto territorial é fundamental para determinar o sujeito ativo da relação tributária.

O argumento de que o serviço é prestado em alto mar e, portanto, em área pertencente à União, não pode ser invocado para fins de afastar a tributação pelo ISS, pois acabaria por implicar na ausência de incidência de qualquer outro tributo.

Conforme reconhecem as partes, não ocorre atracação de navios em

Acesso ao Sumário

Ilhabela por ausência de porto naquela cidade (fls. 779), razão pela qual as embarcações ficam ancoradas em mar territorial e os passageiros dos cruzeiros são encaminhados por lancha àquela ilha.

De sorte que, em que pese o serviço de praticagem ser prestado em mar territorial, o ISS é devido no Município de São Sebastião, onde há porto de atracação e onde se encontra estabelecida a empresa prestadora do serviço. Aliás, os documentos acostados aos autos às fls. 176/741, indicam que houve o recolhimento do ISS no Município de São Sebastião, não se sabendo, neste seara, que se trata do mesmo fato gerador ora impugnado.

Nesse sentido, o STJ "tem entendimento de que em serviços prestados no mar também incide o ISS, se a atividade está sujeita a esse imposto", conforme decisão do Min. Humberto Martins, proferida no REsp nº 1.179.948-PR.

Por isso, a sentença deve ser reformada, para julgar procedente o pedido para anular o TVF e reconhecer a incompetência da Municipalidade de Ilhabela para a cobrança do ISS sobre os serviços de praticagem prestados pela autora, com a inversão do ônus de sucumbência.

Quanto ao valor dos honorários advocatícios, estes devem ser fixados nos moldes do artigo 20, § 4º, do CPC, que preceitua: "nas causas de pequeno valor, nas causas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior".

A norma supra mencionada dispõe que os honorários devem ser fixados de maneira equilibrada, de acordo com o zelo e a dedicação do profissional despendidos na causa, significando que tal não pode configurar desprestígio à atividade do profissional, nem, por outro lado, sobrecarga à parte contrária, em desconformidade com a complexidade da causa.

De forma que, no caso *sub judice*, os honorários advocatícios devem ser fixados em R$ 5.000,00.

Face ao exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025995-02.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA e PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, são apelados V.C.A. e C.C.A. (CURADOR(A)).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17106)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente sem voto), ALIENDE RIBEIRO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: INTERNAÇÃO – Instituição para idosos – Paciente com idade inferior a 60 (sessenta) anos – Possibilidade, mediante recomendação médica – Precedentes – Requerente acometida de patologia grave e incurável que não oferece risco à integridade física dos demais pacientes – Laudo médico afirmando que a clínica pretendida é adequada ao tratamento que já vem sendo prestado a contento desde julho/2009 – Verba honorária mantida – Recurso não provido.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 173/179, que julgou procedente ação ordinária movida por V.C.A. (incapaz, representada por sua curadora C.C.A.) em face do Município de São Paulo, reconhecendo o direito da autora em permanecer internada no "Residencial Vida Nova para Idosos", arbitrando a verba honorária em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Apela a Municipalidade insistindo que a requerente não tem direito a permanecer em instituição de longa permanência para idosos, pois ainda não completou 60 (sessenta) anos de idade; subsidiariamente, questiona a verba honorária arbitrada. Pede o provimento do recurso (fls. 181/182).

Apelo tempestivo e dispensado de preparo; contrarrazões às fls.180/192.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 201/203).

É o relatório.

A autora ajuizou ação ordinária pedindo fosse reconhecido o seu direito em permanecer internada no "Residencial Vida Nova para Idosos" (fls. 02/16), o que foi acolhido pela r. sentença de fls. 173/179.

É incontroverso nos autos que a requerente, incapaz (fls. 20) e atualmente com 55 (cinquenta e cinco) anos de idade (fls. 18), já estava internada em referida instituição desde julho/2009 (fls. 27), porém, em agosto/2012, fiscalização

Acesso ao Sumário

promovida pela Coordenação de Vigilância em Saúde – COVISA do Município de São Paulo apontou a irregularidade da internação (fls. 40), tendo em vista a idade da paciente.

Anoto que, originalmente, a medida foi proposta na Justiça Federal (fls. 02), que declinou a competência para o julgamento do feito em razão da natureza jurídica do órgão fiscalizador (fls. 61/63), decisão sem recurso.

A Municipalidade apresentou contestação defendendo a fiscalização realizada, alegando que, nos termos da Portaria Federal nº 810/89, da Lei nº 10.741/03 e do Regulamento Técnico nº 283/05 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o residencial é destinado apenas para pessoas com 60 (sessenta) anos de idade ou mais, o que não é o caso da autora (fls. 65/69).

Ocorre que, como admitido pela Secretaria Municipal de Saúde, **é possível a permanência da requerente naquela instituição, mediante recomendação médica** (fls. 101).

No caso concreto, a própria equipe médica do Município reconhece que requerente "*não oferece risco à integridade física dos demais paciente*" (fls. 101) e é acometida de patologia grave e incurável (fls. 131 e 149); no mais, o laudo médico juntado às fls. 142/144, não impugnado, foi categórico ao afirmar que:

"(...) a Clínica Vida Nova para Idosos ***mostra-se adequada ao caso e no período em que encontra-se ali abrigada, V. apresenta-se compensada, com bom estado clínico****, recebendo, além dos cuidados básicos, atendimento em Clínica Médica, Odontológico, Psiquiátrico e Exames Laboratoriais.* ***Tem boa adaptação à equipe e esta com aquela***" (em especial fls. 144, *sic*, com destaque nosso).

Na hipótese, nada justifica a alteração do tratamento que vem sendo prestado a contento desde julho/2009 (fls. 27), ressaltando não ser minimamente razoável, nesta fase, transferir a autora para outra clínica especializada e, decorridos 05 (cinco) anos, permitir o retorno para a mesma instituição apenas em razão de sua idade. Nesse sentido:

"Ação ordinária. Obrigação de não fazer. Autor incapaz, interditado, com idade inferior a sessenta anos, internado em clínica de repouso. Instituição para Longa Permanência do Idoso. Notificação da Vigilância Sanitária determinando a remoção para outra instituição compatível com a faixa etária. Possibilidade de permanência diante das particularidades do caso. Ação procedente. Recurso não provido." (TJ/SP, AP nº 0016386-97.2010.8.26.0053, rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 01/12/2014. Na mesma direção: AP nº 3004780-56.2013.8.26.0266, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 30/07/2014, AP nº 0061716-32.2012.8.26.0576, rel. Des. Coimbra Schmidt, j. 28/07/2014 e AP nº

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

0039948-72.2009.8.26.0053, rel. Des. Pires de Araújo, j. 01/04/2014).

Por conseguinte, a r. sentença de fls. 173/179 não merece reparo, mantida igualmente a verba honorária arbitrada de acordo com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil – CPC, considerando a natureza da causa e o trabalho realizado.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001212-72.2009.8.26.0412, da Comarca de Palestina, em que é apelante/apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PALESTINA, são apelados/apelantes R.C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e P.A.C. (E POR SEUS FILHOS).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso da Municipalidade provido em parte, com observação, não provido o adesivo dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9513)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA – Menor que sofreu acidente enquanto brincava no Centro de Lazer do Trabalhador do Município de Palestina e teve o dedo mínimo do pé amputado – Responsabilidade civil configurada – Autores que pretendem a condenação da Municipalidade ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos, bem assim, pagamento das despesas com tratamento psicológico e pensão vitalícia – Legitimidade ativa da mãe do menor – Dano em ricochete, contudo, não configurado – Limitação da cadeia de responsabilidade civil – Indenização por danos morais em relação à criança – Cabimento – Manutenção do *quantum* indenizatório – Indenização por danos estéticos, despesas com tratamento psicológico e pensão vitalícia – Inadmissibilidade –

Acesso ao Sumário

Honorários advocatícios mantidos – Improcedência no tocante à mãe e procedência em relação ao menor – Confirmação da sentença tal como proferida, em relação ao menor – Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09.

Recurso da Municipalidade provido em parte, com observação, não provido o adesivo dos autores.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 169/171 que, julgou parcialmente procedente ação indenizatória ajuizada por menor e sua mãe, para condenar a Municipalidade de Palestina ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00, acrescidos de correção monetária a partir da sentença e juros moratórios contados do trânsito em julgado, na forma da Lei nº11.960/09.

Em suas razões recursais, a Municipalidade sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da mãe do menor. No mérito, aduz não estar evidenciada a culpa da Municipalidade no acidente que ocasionou a amputação do dedo mínimo do autor R..

Afirma que o laudo técnico pericial demonstra que os brinquedos poderiam causar lesões nos membros superiores e não nos inferiores, como no caso.

Alternativamente, defende que o valor fixado a título de indenização por danos morais se mostrou excessivo e que deve ser reduzido ao patamar máximo de R$ 3.000,00.

Recurso tempestivo.

Contrarrazões (fls. 187/193).

Adesivamente, recorreram os autores, buscando a majoração da verba indenizatória para cem salários mínimos; reconhecendo-se, ainda, o dano estético e o direito à pensão vitalícia de 1/3 do salário mínimo com o pagamento das despesas para tratamento psicológico do menor. Pleiteia, por fim, seja a Municipalidade condenada ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo.

Contrarrazões (fls. 207/212).

O representante do Ministério Público opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas para acolher o pedido de indenização por danos estéticos (fls. 219/224).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por menor e sua mãe, que pleiteiam a condenação da Municipalidade de Palestina ao pagamento de indenização pela

amputação do dedo mínimo do pé, após acidente em escorregador do Centro de Lazer do Trabalhador de Palestina.

Constata-se dos autos que o autor R. estava brincando no centro de lazer, quando sofreu lesão no pé. Encaminhado ao Pronto Socorro Municipal e ao Hospital de Base de Rio Preto, foi submetido à cirurgia, que não foi capaz de recuperar o dedo, o que motivou a amputação.

Em decorrência destes fatos, ajuizou em litisconsórcio com sua mãe a presente ação indenizatória, buscando a reparação dos danos experimentados.

Afasta-se, de início, a alegação de ilegitimidade ativa da mãe do autor, posto que ajuizou a presente demanda, buscando a reparação de danos próprios, decorrentes do sofrimento experimentado com os danos causados ao seu filho. Sendo assim, é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, embora no tocante a ela o pedido seja improcedente.

É que o dano indireto ou por ricochete deve ser reparado nos casos em que o evento danoso produz consequências diretas sobre os parentes da vítima. Na lição de Massimo Bianca, o dano reflexo somente é indenizável em "*situazioni nele quali il fatto lesivo si rivela idôneo a colpire direttamente uma pluralità di interesi, autonomamente identificabili e tutelati*" (Diritto Civile, v. V, La Responsabiltà, p. 15, Giuffrè Editore, Milano, 1.994)

Os casos que comportam indenização autônoma por dano em ricochete são limitados às hipóteses de grande gravidade, como no caso de lesões que demandam dos parentes próximos maiores cuidados e limitações. A tristeza, abalo emocional, desconforto e dissabor sofrido pelos pais não têm o condão de legitimar o recebimento de indenização.

É que ampliar o direito à indenização a todos àqueles que convivem com a vítima do ilícito e se compadecem de seu sofrimento, implicaria extensão infinita dos direitos, o que não se admite.

Este é o entendimento desta Corte:

"Responsabilidade civil – Autora que pleiteia indenização por danos morais em decorrência de ato ilícito do qual suas filhas foram, supostamente vítimas – Sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa – Concomitância de ação de indenização movida pelas filhas, com o mesmo objeto inocorrência dos danos causados em ricochete à autora – Limitação da cadeia de responsabilidade civil –Legitimidade da autora, mas pedido considerado improcedente por ausência de dano moral indenizável – Recurso desprovido, com observação". (Apelação nº0125092-13.2008.8.26.0000 – rel. Moreira Viegas, j. 24.01.2012).

Acesso ao Sumário

Sendo assim, no tocante à autora, o pedido improcede.

Quanto ao coautor R., o pedido deve ser parcialmente acolhido, tal como fundamentado na r. sentença recorrida.

É que o art. 37, § 6º da CF esclarece que as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de culpa e dolo.

Contudo, no tocante aos atos omissivos do Estado é necessário distinguir os atos de omissão específica dos atos de omissão genérica. É que, embora a doutrina tenha seguido entendimento de que nos atos omissivos genéricos a Administração deva responder de forma subjetiva, avaliando-se dolo e culpa; a meu ver, nos casos de omissão específica existe um dever individualizado de agir, o que configura responsabilidade civil de natureza objetiva, bastando, pois, a prova da conduta, dano e nexo de causalidade, para garantir ao prejudicado o direito ao ressarcimento dos prejuízos experimentados.

No caso, os fatos estão suficientemente provados e sequer foram contestados pela ré, que se limita a defender a ausência de culpa de seus prepostos.

Do conjunto probatório, extrai-se que houve omissão quanto à obrigação de manter a segurança nas dependências do Centro de Lazer. O Município é responsável pela instituição, que é incumbida de manter os equipamentos utilizados pelas crianças em adequado estado de conservação.

As fotografias obtidas pelo núcleo de perícias criminalísticas de São José do Rio Preto evidenciam o péssimo estado de conservação do equipamento utilizado pelas crianças (fls. 59) e os depoimentos das testemunhas confirmam os danos e o nexo de causalidade.

Configurada e comprovada a responsabilidade civil, passa-se à análise do “quantum” indenizatório.

Infundado, contudo, o pedido de indenização por danos estéticos. É que, como dito pelo magistrado, foi amputado o dedo mínimo do pé do autor, que não fica rotineiramente exposto tampouco gera qualquer tipo de constrangimento à criança ou repulsa por parte das outras pessoas. Além disso, não foi demonstrado o prejuízo ou abalo emocional sofrido pelo autor, a fundamentar o pedido de pagamento das despesas com tratamento psicológico (art. 333, I do CPC).

Indevida, por outro lado, a pensão vitalícia. Não há comprovação de incapacidade para o trabalho. O que existe é perda do dedo mínimo do pé que, segundo a perícia, não prejudica a locomoção e o exercício das atividades rotineiras (fls. 124).

No tocante aos danos morais, observa-se que o *quantum* indenizatório deve estar dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se ajustado aos parâmetros adotados tanto por esta Corte como pelos Tribunais Superiores.

Assim, entendo razoável a manutenção da indenização por danos morais

tal como fixada, que garante o mínimo de conforto material à vítima do ilícito, servindo, do mesmo modo, de desestímulo que o autor da ofensa volte a realizar a conduta que ensejou a dor, tristeza, aflição naquele.

Por fim, importa observar que o Supremo Tribunal Federal acabou por declarar a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, e por arrastamento, do art. 5º, da Lei nº 11.960/09, que deu a atual redação ao artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, justamente no que se refere *à utilização do índice de remuneração oficial da caderneta de poupança para atualização do montante devido pela Fazenda Pública* (ADI nº 4357/DF, j. 14.03.2013); e, por isso, inaplicável a Lei nº 11.960/09 para definir os critérios da correção monetária e dos juros de mora.

O pedido deve, portanto, ser julgado improcedente em relação à autora P.A.C., condenando-a, ainda, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00, na forma do art. 20, § 4º do CPC, observado o disposto na Lei nº 1.060/50, mantida, contudo, a sentença tal como proferida, em relação ao menor.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Município e NEGO PROVIMENTO ao adesivo dos autores, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019434-64.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO PROCON, é apelado CENTRO DE GESTAO DE MEIOS DE PAGAMENTOS S/A CGMP.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. (sustentou oralmente Dra. Renata Benjamin Gonçalves).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.985)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa:

PROCESSO

Multa – Procon – Sem Parar – Anulatória –

Possibilidade:

– Não constatadas as infrações descritas no auto, se impõe a sua anulação, observado que o termo de adesão firmado pelo consumidor está compatível com a contraprestação assumida pela contratada.

VOTO

RELATÓRIO

Sentença de procedência, desconstituído o auto de infração lavrado pelo PROCON. Custas e honorários pelo réu, fixados em 10% do valor da causa.

Apela o PROCON (fls. 381/393), alegando que a cláusula 2.1, II, do “Termo de Adesão ao Sistema Sem Parar” da autora exige vantagem econômica exagerada ao promover cobrança antecipada pelo uso do serviço, em violação ao art. 51, IV, do Cód. de Defesa do Consumidor. A cláusula 2.1, III, ao prever a modificação unilateral de elemento essencial do contrato, qual seja o preço, configura a possibilidade de aumento unilateral do valor periódico, o que afronta o art. 51, III, do CDC. E a cláusula 3.5, ao determinar a cobrança de novo valor de habilitação do serviço após 5 anos também exige vantagem exagerada, em desrespeito ao citado art. 51, IV, do CDC. Subsidiariamente, requer a revisão dos honorários advocatícios, por terem sido fixados em patamar excessivo, pois correspondem a mais de R$ 6.000,00.

Houve contrarrazões (fls. 420/445).

O Ministério Público opinou (fl. 456) pela não intervenção do órgão em virtude da disponibilidade dos direitos debatidos.

FUNDAMENTOS

1. O Centro de Gestão de Meios de Pagamento S/A (CGMP), que atua na área de prestação de serviços de meio de pagamento automático de pedágio e estacionamento, foi autuado pelo Procon-SP por infração ao art. 51, IV e XIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo o auto, as infrações consistiram em:

I) de acordo com a cláusula 2.1., item II, assim descrita: “O usuário identificado neste termo de adesão declara que (...) (II) No caso de pagamento através do cartão de crédito, ocorrendo saldo igual ou inferior a 30% do valor periódico escolhido pelo usuário, poderá a contratada efetuar novos débitos do valor periódico no cartão de crédito do usuário, a qualquer tempo, para prover o saldo para pagamento de suas transações”. O fornecedor, ao fazer tal exigência, infringe o artigo 51, inciso IV, da Lei 8.078/90, já que tal cláusula coloca o consumidor em desvantagem excessiva vez que, com tal imposição por parte da ora autuada, nunca haverá a possibilidade de consumir-se por

Acesso ao Sumário

completo o valor acordado, já que, antes do término dos créditos, haverá a reposição unilateral por parte do fornecedor;

II) conforme dispõe o item III, da cláusula 2.1., o fornecedor fica autorizado, no caso de pagamento através de cartão de crédito, a elevar o valor periódico escolhido pelo usuário para o valor imediatamente superior das opções oferecidas pela contratada na proposta de adesão, sempre que a utilização mensal ultrapassar o valor periódico por 03 (três) meses consecutivos, infringindo, desta forma, o art. 51, inc. XIII, da Lei 8.078/90, tendo em vista que, autoriza a modificar unilateralmente o conteúdo do contrato após a celebração;

III) por impor a cobrança de nova habilitação após decorridos 5 (cinco) anos de adesão, nos termos da cláusula 3.5., o autuado infringe o artigo 51, inciso IV, da Lei 8.078/90, pois, de acordo com o "Manual do Usuário" e o termo de adesão, a garantia do "TAG", são de 5 (cinco) anos, cobrindo falhas de fabricação e durabilidade da bateria, caracterizando, desta forma, imposição de vantagem manifestamente excessiva, tendo em vista que, o termo de adesão tem duração indeterminada (cláusula 9.1)" (textual – fls. 53/54).

As cláusulas consideradas abusivas pelo Procon-SP têm a seguinte redação:

"2.1. O usuário identificado neste termo de adesão declara que:

(...)

II – No caso de pagamento através de cartão de crédito, ocorrendo saldo igual ou inferior a 30% do valor periódico escolhido pelo usuário, poderá a contratada efetuar novos débitos do valor periódico no cartão de crédito do usuário, a qualquer tempo, para prover saldo para pagamento de suas transações.

III – Autoriza a contratada, no caso de pagamento através de cartão de crédito, a elevar o valor periódico escolhido pelo usuário para o valor imediatamente superior das opções oferecidas pela contratada na proposta de adesão, sempre que sua utilização ultrapassar o valor periódico vigente por 03 (três) meses consecutivos.

(...)

3.5. Decorrido o prazo de 05 (cinco) anos, contados da habilitação de cada TAG vinculado ao presente termo de adesão, será cobrado do usuário novo valor de habilitação vigente à época" (fls. 49/50).

O Instrumento de Transação nos autos da Ação Civil Pública 583.00.2003.159871-3, trata somente da cobrança do valor mensal de manutenção do sistema eletrônico de pedágio (fls. 178/189 e 190), fato admitido pelo autor na contraminuta ao agravo de instrumento (item 31).

Portanto, não há decisão judicial com trânsito em julgado, aprovando

Acesso ao Sumário

todo o sistema de cobrança Sem Parar e as remunerações previstas no Termo de Adesão, como afirma o autor, mas apenas acordo disciplinando a cobrança de mensalidade pela manutenção do sistema.

2. A imposição de *valor periódico* ao consumidor que optar pelo pagamento por meio de cartão de crédito, bem como a possibilidade de lançamento desses valores mais de uma vez por mês, não implica em desvantagem excessiva ao consumidor, pois adianta valores necessários para cobrir o pagamento de tarifas de pedágio e/ou serviço de estacionamento conforme seu gasto habitual. E, caso o consumidor não tenha mais interesse pelo serviço, poderá solicitar ao autor a devolução dos valores que adiantou.

Há a possibilidade de o autor auferir receita financeira, aplicando os recursos adiantados por seus clientes. Contudo é de sua responsabilidade o pagamento das tarifas e dos serviços de estacionamento utilizados pelo consumidor, não estando provado que, mesmo assumindo esta despesa, ainda se favorece com vantagem excessiva pelo valor adiantado no cartão de crédito.

A cláusula que autoriza ao autor elevar o *valor periódico* (cláusula 2, item III) não se mostra abusiva, pois está vinculada aos gastos do consumidor e foi por ele autorizada, quando firmado o contrato.

Não há previsão no mesmo sentido em favor do consumidor contratante, possibilitando a redução automática do *valor periódico* sempre que, por três meses consecutivos, não for utilizado o valor então fixado. Todavia, poderá o consumidor rescindir o contrato caso verifique que seus gastos com tarifas de pedágio e estacionamentos não compensam a utilização do serviço do autor.

A cobrança de novo valor de habilitação a cada cinco anos tem justificativa na vida útil do aparelho identificador que deve ser trocado, uma vez que o contrato é por prazo indeterminado, mas o funcionamento do aparelho tem limitação temporal.

Além disso, não se trata de cobrança antecipada, uma vez que somente ocorre quando cessado o prazo de validade da carga da bateria do aparelho.

Já a cobrança de mensalidade para a manutenção do sistema, se refere à administração do serviço de recebimento e pagamento dos gastos do consumidor, não se confundindo com o pagamento pelo aparelho identificador.

Os honorários advocatícios foram fixados no percentual mínimo e estão compatíveis com o trabalho exigido pelo processo.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024933-72.2008.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA BANDEIRANTES S. A., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE LIMEIRA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o Recurso de Apelação e Deram provimento ao Reexame Necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2774/2014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR Relator

Ementa: APELAÇÃO. Embargos à Execução Fiscal. ISS. Exercícios de 2004 e 2005. Serviço de exploração de rodovia. Conflito de normas. Período de ausência de lei municipal, após vigência da LC federal 116/03, que regulasse a disciplina do ISS nos termos desta. Irrelevância. Inovações da lei federal (norma geral) que não comprometeram elementos essenciais do tributo. Serviço passível de tributação tanto na égide da LC 100/99 como na da LC 116/03. Compatibilidade da norma municipal com a novel legislação federal. Imposto DEVIDO. Reforma da decisão. Embargos IMPROCEDENTES. Inversão da sucumbência. Recurso de apelação PREJUDICADO e PROVIDO o reexame necessário.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Embargos à Execução Fiscal[1] proposto pela CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA BANDEIRANTES S/A em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE LIMEIRA, com o fim de afastar a cobrança de valores referentes ao ISS não recolhido (e recolhido a menor) entre o período de setembro de 2004 a fevereiro de 2005, conforme execução anexa.

A sentença (fl. 172), integrada pela decisão de fl. 216, julgou os embargos

1 Valor da causa = R$ 7.542.542,46 em 28 de novembro de 2008

PROCEDENTES, desconstituindo os créditos da execução fiscal combatida. Ante a sucumbência, condenou a Prefeitura ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa, excluindo-se as custas e despesas processuais *'em função de imunidade tributária'*.

Não obstante a procedência da ação, a Concessionária interpôs apelação (220/239). Sustenta a necessidade do ressarcimento de todas as custas e despesas processuais, inclusive da manutenção da fiança bancária, pela vencida, Fazenda Pública.

Recurso recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 240).

Contrarrazões às fls. 264/271.

Despacho (fl. 283) e complementação de custas (287/292).

Remessa sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 475, II do CPC.

É o relatório.

Em razão do reexame, o processo fora analisado na sua íntegra e sobre o todo versará este acórdão.

Nos autos se verifica que a Municipalidade ajuizou execução fiscal de crédito de ISS, no valor de R$ 6.713.991,36 (em apenso), sobre o serviço de exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários.

Em sua defesa, a Concessionária apresentou embargos à execução que, após reforma da decisão de fls. 148/151, foram julgados procedentes e o tributo reputado indevido (fl. 172), como relatado.

A controvérsia da lide reside na possibilidade da cobrança do Imposto Sobre Serviços no lapso temporal de set/04 a fev/05. Isto porque, neste interregno, entrou em vigor a Lei Complementar Federal 116/03, que alterou a disciplina do ISS, sem que o Município de Limeira incorporasse as mudanças ao seu Código Tributário Municipal, a fim de adequá-lo ao novo quadro normativo.

A problemática deriva do conflito de normas no tempo e a compatibilidade hierárquica entre a Lei Complementar Federal e o regramento Municipal. Com isso, é desta solução que se conclui pela exigência ou não do tributo durante a ausência de norma municipal em atenção à LC 116/03 até a edição da LC Municipal 330/04, amoldada dentro dos limites daquela.

Assim, verificar-se-á se a inércia do legislativo municipal causou uma lacuna quanto aos serviços de exploração de rodovia, obstando a incidência do tributo, ou se o Código Tributário Municipal 'desatualizado' (anterior à LC 330/04) poderia servir de base para o lançamento fiscal.

Primeiramente, de suma importância inserir a tributação do serviço *sub judice* em um contexto temporal.

Nesse diapasão, a **Lei Complementar 100/99**, no seu art. 3º, acrescentou

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

à Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68:

"Art. 3º A Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, passa a vigorar acrescida do seguinte item:

101 – exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais."

Estabeleceu também que o imposto seria *calculado sobre a parcela do preço correspondente à proporção direta da parcela de extensão da rodovia explorada, no território do Município* (art. 1º); com alíquota máxima de 5% (art. 4º). No tocante à base de cálculo, promoveu uma diferenciação em razão de haver ou não posto de pedágio na extensão do Município.

Importante frisar que a **UNIÃO** tem competência concorrente para legislar sobre Direito Tributário, conforme dispõe o art. 24 da CF. O mesmo dispositivo limita esta competência à edição de **normas gerais**, que deverão obrigatoriamente ser observadas pelos Municípios. Ressalvando-se que a **superveniência de lei federal suspende a eficácia da lei municipal naquilo que lhe for contrário.**

Por sua vez, compete aos **MUNICÍPIOS** legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal no que couber (art. 30, I e II da CF). Sobretudo, cabe aos Municípios instituir o serviço de qualquer natureza definidos em Lei Complementar – art. 156, III da Constituição Federal.

Desta feita, infere-se que a Lei Complementar é responsável por delimitar as normas gerais aplicáveis ao ISS, formular suas alíquotas mínimas e máximas, elencar os serviços tributáveis, bem como regular sua forma e condições (art. 156, § 3º da CF). Já o Município tem competência para instituir o imposto sobre serviço sob a égide da norma federal e com ela compatível.

Posto isso, o Município de Limeira, baseado na **LC 100/99**, inseriu e alterou dispositivos da Lei Municipal nº 1890/1983 (Código Tributário Municipal), mediante a **LC 228/1999**. A edição da lei objetivava acrescer à lista de serviços tributáveis a exploração de rodovias, **reproduzindo as prescrições da lei federal** (LC 100/99).

Na sequência, a União promulgou a **Lei Complementar 116/2003**, que *dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.*

No seu teor, tocante à matéria, determinou ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada (art. 3º, § 2º); base de cálculo sendo o preço do serviço (art. 7º); com

Acesso ao Sumário

alíquota máxima de 5% (art. 8º). Subsistiu, portanto, a exploração de rodovia como hipótese de incidência do ISS, com mínima alteração, *in verbis:*

> *"22 – Serviços de exploração de rodovia.*
>
> *22.01 – Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais."*

No entanto, o artigo 10 da LC 116/03 revoga, entre outros, os arts. 8, 10, 11 e 12 do DL 406/1968, além da LC 100/99, que regulava a exploração de rodovia e era fundamento de validade do CTM. Dessa forma, toda a previsão municipal sobre este serviço supostamente teria perdido a vigência.

Diante da conjuntura fático-jurídica, a Concessionária deixou de recolher o imposto acreditando que a ausência de lei municipal, seguindo os ditames legais da lei complementar 116/03, faria com que o serviço não estivesse sujeito à tributação.

Nesta seara, apenas quando sobreveio a Lei Complementar Municipal 330/2004 (que modificou o CTM e disciplinou a matéria do ISS em consonância com a LC 116/03), voltou a Concessionária a pagar o tributo – em fevereiro de 2005, após decorrido a anterioridade anual e nonagesimal.

Como a LC 330/2004 não poderia retroagir para atingir fato gerador pretérito e ante o 'vácuo' da legislação municipal entre a vigência da LC 116/03 (federal) e a LC 330/04 (municipal), defende a apelante que neste lapso temporal não incidiria o ISS.

Tal premissa é equivocada.

Com efeito, especificamente no que tange ao serviço de exploração de rodovia, não houve inovação/modificação substancial que comprometesse a exigência do tributo. Comparando-se a legislação municipal em face da LC 116/03, verificam-se mudanças pontuais incapazes de causar qualquer mácula à imposição do tributo.

Elementos essenciais, tais como hipótese de incidência, alíquota e base de cálculo, permaneceram praticamente sem alteração. Nota-se tão somente que a dedução de 60% na base de cálculo, outrora concedido, fora revogado; além do acréscimo irrelevante, *in casu*, da expressão "*ou pedágio*" após "*cobrança de preço*".

A superveniência da lei federal sobre normas gerais do ISS de exploração de rodovia **não revogou a lei municipal** que trata do assunto (LC 228/1999), apenas derrogou, ou melhor, suspendeu a eficácia da parte que é contrária a LC 116/03. Salienta-se que a revogação parcial do DL 406/68 e total da LC 100/99

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

carece de pertinência na medida em que não interferem na vigência da lei do Município.

A verossimilhança é constatada ao perceber que, ao arrimo da LC Municipal 330/04, a exação fiscal se manteve nos mesmos moldes adotados pela lei anterior.

Se inexistiu qualquer variação significativa dos elementos essências do tributo, inclusive persistindo a previsão de exploração da rodovia como serviço passível de tributação pelo ISS, não há que se alegar a sua não incidência.

A compatibilidade da lei municipal com a LC 116/03 faz com que aquela continue vigente (até o advento da LC 330/2004). Conforme ordena a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não configurada nenhuma das hipóteses de seu art. 2º, ***a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.***

De rigor o reconhecimento da incolumidade do crédito fiscal executado, pois o **serviço de exploração de rodovia** não deixou de ser hipótese de incidência do ISS, nem tampouco a lei municipal tornou-se *contra legem* em relação à LC 116/03 ou fora revogada por ela, preservando sua eficácia - no que não for contrário - até o advento da LC Municipal 330/04.

No mesmo sentido:

ISS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - ISS *- Decreto-Lei n° 406/68 e Lei Complementar n° 116/03 - Conflito de leis no tempo - Serviço tributável por ambas as legislações - Lei Municipal editada no ano de 2004 e aplicável a partir de 2005 -* ***Lei Municipal antiga que toma por base legislação federal já revogada - Impossibilidade da existência de um "vácuo" na incidência de ISS - Uso da Lei Municipal antiga que é compatível com a legislação federal vigente e mais benéfica ao contribuinte: - Tratando-se de serviço que nunca deixou de ser tributável por ISS, na ausência de Lei Municipal posterior à Lei Complementar n° 116/03, deve-se aplicar a Lei Municipal antiga, desde que compatível com a legislação federal vigente;*** *- Hipótese em que a Lei Complementar editada antes da Lei Complementar n° 116/03 é compatível com o espírito da Lei Federal vigente, sendo até mais benéfica ao contribuinte.* ***RECURSOS E REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDOS****.* (g.n.) (TJSP. 14ª Câmara de Direito Público. Apelação/Reexame Necessário nº 0149867-29.2007.8.26.0000; rel. Des. Osvaldo Palotti Júnior; j. 31/01/2013)

APELAÇÃO - Ação declaratória - ***ISS sobre serviços de exploração de rodovias*** *- Sentença improcedente. Alegação de vício na base de cálculo da cobrança, fundada em lei municipal cujo fundamento de validade foi tirado da LC 100/99, expressamente revogada pela LC 116/03.* ***Inocorrência, tendo em vista manutenção do critério para aferição da base de cálculo (extensão da rodovia) pela novel legislação complementar.*** *Recurso não provido.* (g.n.) (TJSP. 14ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Público. Apelação nº 0165123-46.2006.8.26.0000; rel. Des. João Alberto Pezarini; j. 01/03/2012)

APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – ISS – Concessionária de rodovia – Exploração de rodovia com cobrança de pedágio. 1) Alegação de nulidade do título executivo – Ausência de lançamento por homologação e cerceamento de defesa – Inocorrência – Regularidade do procedimento fiscal. 2) Alegação de ausência de lei municipal regulamentando a incidência do ISS sobre pedágio, após a LC 116/03 – ***Desnecessidade – A lei municipal já previa a incidência do ISS sobre a exploração de rodovias, não havendo alteração do fato gerador e base de cálculo que demandasse a edição de nova lei*** *– Previsão contida na Lei Municipal nº 3.497/00 – Sentença mantida – Recurso improvido. (g.n.)* (TJSP. 15ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 9182514-50.2009.8.26.0000; rel. Des. Eulálio Porto; j. 17/05/2012)

Pela inversão da sucumbência e incompatibilidade com o quanto foi decidido, deixa-se de apreciar a apelação da Concessionária do Sistema Bandeirantes S/A, que versa exclusivamente sobre custas e despesas processuais.

Ante o exposto, fica **PREJUDICADO** o presente recurso de apelação e dá-se **PROVIMENTO** ao reexame necessário, julgando **IMPROCEDENTES** os embargos à execução, devendo-se prosseguir a execução fiscal.

Em decorrência da sucumbência, condena-se a Concessionária apelante ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Por derradeiro, para fins de acesso às Instâncias Superiores, ficam desde já prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais mencionados neste acórdão e pelas partes litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002934-25.2014.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante EUNICE MISTILIDES SILVA, é apelado CÂMARA MUNICIPAL DE JALES.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.620)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOACIR PERES (Presidente), COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CASSAÇÃO DE PREFEITA – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO – Observância ao Decreto-lei n. 201/67, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo E. STF – Inaplicabilidade do princípio da simetria, pois é da União a competência para legislar sobre o assunto – Precedente – Direito líquido e certo inexistente – Sentença que denegou a segurança mantida. Recurso improvido.

VOTO

Eunice Mistilides Silva, inconformada com a r. sentença que denegou a segurança (fls. 89/91), interpôs recurso de apelação.

Interpõe incidente de inconstitucionalidade do artigo 56, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Jales. Diz que o dispositivo refere-se a regulamentação por lei federal. Argumenta que a lei orgânica deve observar o princípio da simetria, nos termos dos artigos 86 da Constituição Federal e 49 e 144 da Constituição Estadual. Salienta que somente as regras quanto ao *quórum* da condenação do Decreto-lei n. 210/67 foram recepcionadas. Conclui que aplicam-se ao caso os artigos 52 e 86 da Constituição Federal e 49 da Constituição Estadual. Cita doutrina. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 99/104).

Com as contrarrazões (fls. 168/181), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 185/188).

É o relatório.

Eunice Mistilides Silva, ex-Prefeita de Jales, impetrou o presente mandado de segurança objetivando "seja declarada a nulidade do processo 'ab initio' (recebimento da denúncia) e, portanto, sem qualquer efeito todos os atos nele praticados" (fls. 10).

Volta-se a impetrante contra a instauração de processo de cassação pela Câmara Municipal de Jales. Alega que não poderia ter sido observado o *quórum* de maioria simples para o recebimento da denúncia, fixado no artigo 5º, inciso II, do Decreto-lei n. 201/67, mas, em homenagem ao princípio da simetria, o *quórum* qualificado de 2/3 estipulado no artigo 86 da Constituição Federal para a apuração de infrações cometidas pelo Presidente da República.

Acesso ao Sumário

Rejeita-se de plano o incidente de inconstitucionalidade apresentado pela recorrente.

A regra do artigo 56, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Jales, que, ao dispor sobre as infrações político-administrativas cometidas pelo Prefeito Municipal, determina a regulamentação da matéria por lei federal, não contraria a Constituição Federal.

O Decreto-lei n. 201/67, que trata da responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com força de lei ordinária.

Como é cediço, "mesmo que o ato normativo se exprima por instrumento diferente daquele que a nova Carta exige para a regulação de determinada matéria, permanecerá em vigor e válido se houver a concordância material, i. é, de conteúdo, com as novas normas constitucionais." (Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124).

Ademais, conforme consolidado na Súmula nº 722 do E. Supremo Tribunal Federal, "são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respetivas normas de processo e julgamento."

Pelo mesmo motivo, não há se falar em necessidade de observância ao princípio da simetria com relação ao procedimento para apuração dos crimes de responsabilidade.

A Lei Orgânica do Município, em vez de traçar diretrizes procedimentais, à semelhança do que faz o artigo 86 da Constituição Federal, remete a definição das infrações e o rito à regulação por lei federal.

E, como visto, é mesmo da União a competência para legislar sobre o assunto.

Assim sendo, não há se falar em observância ao princípio da simetria.

Nesse sentido já decidiu o C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município de Cruzeiro. Emenda nº 24, de 31 de março de 2014. Afastamento do Prefeito do cargo que esteja sendo processado por infração político-administrativa. Competência da União para legislar sobre direito processual. O Município não possui competência legislativa para dispor sobre afastamento de Prefeito do cargo em razão de existente processo ou procedimento em andamento por infração político-administrativa, infração penal comum e ação de improbidade administrativa. Ação julgada procedente. [...]

"É sabido que as disposições da Constituição Federal, no que couber, aplicam-se por simetria aos Estados e aos Municípios, questão já assentada

Acesso ao Sumário

pela mais Alta Corte do País. Celso Ribeiro Bastos ensina que (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 20ª edição, atualizada, 1999, p. 312):

‘O inc. I do art. 30 diz que cabe ao Município legislar sobre assunto de interesse local. Para que ele prevaleça, faz-se necessário demonstrar que o interesse local é mais expressivo do que o estadual e federal. Assim, por exemplo, a abertura de uma avenida no Município pode beneficiar também os habitantes de fora, pois quando estes cruzarem o Município terão uma via pública de melhor qualidade. Mas é evidente que aqueles que moram no próprio Município são os mais interessados na artéria viparia, uma vez que ela passa a compor o cenário do Município em que habita. O inc. II do mesmo artigo 30 diz competir ao Município suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Aqui, a bem da verdade, reconhece-se que ao Município acresceu-se alguma coisa, visto que não possuía nada do gênero na Constituição anterior. Mesmo em assunto sobre os quais nenhuma competência possuía o Município, pode ele agora suprir as omissões da legislação federal e estadual, obviamente sem violentá-la.’

“No caso presente, tratando-se de criação de lei sobre direito processual envolvendo infrações político-administrativas e crimes de responsabilidade, a definição das regras próprias ao seu processo e julgamento são de competência privativa da União, a teor do art. 22, I, da CF/1988, não sendo permitido a uma lei local dispor sobre a matéria.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n., 2061601-85.2014.8.26.0000 – Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan – j. em 12.11.14 – v.u.).

Por essa razão, não há se falar em ilegalidade cometida pela autoridade coatora, que observou legislação válida e pertinente.

Assim, inexistente o direito líquido e certo invocado, era mesmo o caso de se denegar a segurança.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014443-23.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIANA SANTOS CAMPOS DA SILVA, é apelado SECRETÁRIO DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21144)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e BURZA NETO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. Transferência por união de cônjuges. Cônjuge que também é servidor público estadual, policial militar, com posto de trabalho em Itapetininga, local de residência do casal, distante mais de cento e setenta quilômetros do local de trabalho da impetrante. Maior defasagem de efetivo numa unidade prisional do que em outra que não justifica a subsistência de tamanho sacrifício para a impetrante, mãe de dois filhos menores, dificultando o convívio familiar, o que afronta um valor a que o artigo 226 do texto constitucional confere especial proteção. Concessão da segurança para transferência da impetrante para o município em que reside com o marido e dois filhos do casal. Recurso provido.

VOTO

A sentença, proferida pela eminente juíza Doutora Laís Helena Bresser Lang Amaral, denegou ordem de segurança pela remoção de agente de segurança penitenciária, por motivo de união de cônjuges, da Penitenciária Feminina de Santana da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Metropolitana de São Paulo, para uma das unidades prisionais da cidade de Itapetininga, Guareí ou qualquer das unidades a serem inauguradas em Capela do Alto, devendo aguardar sua vez na lista prioritária de transferência (fls. 121).

Apela a impetrante pela concessão da ordem (fls. 130/139).

Recurso respondido (fls. 143/153).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 161/162).

É o relatório.

Agente de segurança penitenciária que reside na cidade de Itapetininga, casada com Marci Oroberto Campos da Silva, desde 17-02-2011, policial

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

militar, lotado no 1º Pelotão da 3ª Companhia do 22º Batalhão de Polícia Militar do Interior, em Itapetinga, mãe de dois filhos menores, postula a remoção por união de cônjuges.

Assumiu o exercício do cargo em 30 de janeiro de 2012 e no mesmo ano formulou pedido de remoção, que não foi acolhido na esfera administrativa sob o fundamento de inexistência de vaga na cidade de Itapetininga e que, no tocante às instituições penais que estão sendo edificadas na cidade de Capela do Alto, as vagas para integrantes da categoria profissional em questão serão preenchidas com o remanejamento de servidores inscritos na Lista Prioritária de Transferência Especial – LPTE, na qual a interessada já se encontra inscrita (fls. 31).

A remoção por união de cônjuges está prevista no artigo 130 da Constituição do Estado, com intuito de proteção da família, base da sociedade, a que o artigo 226 da Constituição Federal impõe especial proteção do Estado:

Artigo 130 - Ao servidor será assegurado o direito de remoção para igual cargo ou função, no lugar de residência do cônjuge, se este também for servidor e houver vaga, nos termos da lei.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A questão é disciplinada pelos artigos 234 e 235 da Lei 10261/1968, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

Artigo 234 - Ao funcionário é assegurado o direito de remoção para igual cargo no local de residência do cônjuge, se este também for funcionário e houver vaga.

Artigo 235 - Havendo vaga na sede do exercício de ambos os cônjuges a remoção poderá ser feita para o local indicado por qualquer deles, desde que não prejudique o serviço.

O interesse do serviço público, singelamente referido como de maior defasagem de efetivo numa unidade prisional do que em outra, não justifica a subsistência do enorme sacrifício de manter a impetrante trabalhando mais de cento e setenta quilômetros distante da sua residência, o que significa uma quase impossibilidade de convívio familiar, em desrespeito a um valor a que o texto constitucional determina especial proteção, ainda mais com dois filhos menores, que necessitam de maior atenção da genitora.

Ademais, o Estado conta com contingente numeroso, com possibilidade de livre movimentação porque os servidores não têm garantia de inamovibilidade, permitindo flexibilidade suficiente, ao menos para atender aos pedidos de remoção por motivo de união de cônjuges, que devem ter caráter prioritário.

Nessas condições, concede-se a segurança para transferência da impetrante para uma das unidades prisionais do Município de Itapetininga, onde reside com

Acesso ao Sumário

o marido e dois filhos do casal.

Para tanto, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003661-33.2012.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é autor MUNICÍPIO DE SÃO JOSE DO RIO PRETO, é réu ANTONIO RODRIGUES VIEIRA FILHO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. com indicação para jurisprudência", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23793)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – MUNICÍPIO DE VINHEDO – ITBI – Integralização do capital social com imóvel – Alegada imunidade – Ocorrência – O fato de o objeto social da impetrante ser a administração de bens imóveis não afasta, por si só, a imunidade tributária, já que não se pode presumir que o bem integralizado não componha o ativo fixo da sociedade – Imunidade reconhecida – RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação (fls. 234/ss) interposta pelo impetrante APELU ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. contra a r. sentença de fls. 228/ss proferida em Mandado de Segurança impetrado contra ato do CHEFE DA DIVISÃO DE TRIBUTOS E CADASTRO IMOBILIÁRIO DO MUNICÍPIO DE LOUVEIRA, referente a ITBI incidente sobre integralização do capital social.

2. Na inicial, a impetrante alega que é sociedade que tem por objeto a administração de bens imóveis próprios e de terceiros, bem como a participações em empreendimentos imobiliários, além de participar de outras sociedades, na qualidade de sócia ou acionista, conforme seu contrato social (fls. 23).

Na integralização de seu capital social, houve a transferência da propriedade do imóvel registrado sob nº 68.211 no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Jundiaí. Ocorre que, sobre tal operação, o Município exigiu o pagamento de ITBI, o que não pode prosperar. Alega a impetrante que o tributo não é devido porque sua atividade não é de compra e venda de imóveis ou locação de bens imóveis ou ainda de arrendamento mercantil, mas sim a administração de bens imóveis próprios e de terceiros, bem como a participação em empreendimentos imobiliários. Em vista disso, entende que não deve incidir o imposto sobre a integralização do capital social da impetrante.

3. A r. sentença, proferida pelo MM. Juiz de Direito Euzy Lopes Feijó Liberatti, denegou a segurança ao fundamento de que a imunidade tributária, em relação ao ITBI, não alcança a integralização de empresa cujo objeto social seja a compra e venda de bens imóveis ou a locação desses bens. Considerou o juízo de primeiro grau que a administração de bens imóveis não se resume à simples manutenção do bem e a realização de benfeitorias, implicando, sim, a produção de renda com o bem, o que conduz à locação do referido bem.

4. Inconformado, a impetrante interpôs o presente recurso de apelação, reafirmando as alegações já trazidas com a inicial.

5. A douta Procuradoria Geral de Justiça é pela desnecessidade de manifestação ministerial porque se cuida de direito disponível discutido entre partes maiores e capazes (fls. 273).

6. Recurso tempestivo, preparado (fls. 252/ss) e respondido às fls. 261/ss.

É o relatório.

7. O recurso merece provimento.

A pretensão da impetrante se fundamenta no inciso I, § 2º, art. 156, da Constituição Federal – não incidência de ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital social.

A ressalva do referido artigo, prevê a incidência do tributo se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Segundo o contrato social de fls. 21/ss, constata-se que um dos objetos sociais da empresa executada é o de administração de bens próprios e de terceiros.

Todavia, conforme já decidido em sede de agravo de instrumento nº 0124003-13.2012.8.26.0000, não se pode presumir que o destino do bem imóvel integralizado não seja o capital permanente da sociedade. A mera constatação de que a atividade da impetrante seja de administração de bens imóveis não tem o condão, por si só, de afastar a imunidade prevista pelo artigo 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se, ainda, que o contrato social também prevê a participação da impetrante em outras sociedades, na qualidade de sócia ou acionista. O documento de fls. 168 reafirma que a autora atua como *holding* pura, de modo que deve beneficiar-se, à vista de tais elementos, da imunidade tributária.

Por tais razões, o recurso merece provimento para o fim de conceder a segurança e reconhecer a imunidade tributária ao ITBI com relação à operação de integralização do capital social da impetrante com o imóvel registrado sob nº 68.211 no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Jundiaí.

Sem condenação em verba honorária (artigo 25 da Lei nº 12.016/09).

Pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021894-96.2009.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante LUCILA MARIA WAGNER SANTAELLA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE, MANUEL BORRALHO SANCHEZ (ESPÓLIO), SALVADORA GUTIERREZ DELGADO (INVENTARIANTE) e SIGNS SLOGAM COMUNICAÇÃO VISUAL E PUBLICIDADE PRAIA GRANDE LTDA. - ME.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 951)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA MEIRELLES (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Direito Administrativo – Ação de obrigação de fazer – Instalação de painel de publicidade sem licença – Negligência no exercício do poder-dever de polícia consorciada ao abuso do direito privado de publicitar – Poluição visual e importunação ofensiva ao direito individual à paisagem em residência com sacada de frente para o mar – Município histórico e cultural de interesse nacional – Improcedência – Demolição impositiva com sancionamento pecuniário à conjectura de recalcitrância – Sentença reformada

Acesso ao Sumário

– Recurso de apelação provido.

VOTO

Apelação cível manejada por **Lucila Maria Wagner Santaella** nos autos de processo pelo rito ordinário ajuizado em face da **Municipalidade de São Vicente**, **Espólio de Manuel Borralho Sanchez** e **Signs Slogam Comunicação Visual e Publicidade Praia Grande Ltda**. - **ME**, o qual tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente e cujos pedidos foram julgados **improcedentes**, deixando-se de reconhecer a ilegalidade da instalação de painel publicitário situado entre a residência da apelante e a praia, posto inexistir lei municipal restritiva.

Vindica a insurgente a desconstituição da r. sentença, a fim de que a Administração Pública determine a retirada da aludida estrutura metálica, cuja propriedade é da empresa Signs Slogam Comunicação Visual e Publicidade Praia Grande Ltda. - ME, ou que a respectiva licença seja condicionada à diminuição das medidas, tendo em vista violação ao direito de vizinhança e a omissão da Administração no combate à poluição visual.

A Municipalidade apresentou contrarrazões, pugnando pela mantença do julgado singular (fls. 187/189).

Na mesma linha contra-arrazoaram os apelados **Signs Slogam Comunicação Visual e Publicidade Praia Grande Ltda.** e **Espólio de Manuel Borralho Sanchez** (fls. 192/200), representado pela inventariante Salvadora Gutierrez Delgado (fls. 212/213), em que destacam a omissão do Plano Diretor do Município de São Vicente na regulamentação do uso de painéis de propaganda, bem como a regularidade da acessão no tangente às regras de Engenharia.

Tal, em abreviado, o relatório.

A sorte da demanda esteve inexoravelmente selada ao tempo em que a Municipalidade de São Vicente veio ao processo para dizer que o gigantesco painel publicitário que tanto tem molestado a autora não teve a instalação precedida de ***licença*** e que prontamente notificou os proprietários do imóvel para que o removesse no prazo de 48 horas (fls. 22/24).

Acesso ao Sumário

Licença **é ato administrativo vinculado**, expedido nos estritos limites à luz da lei municipal de regência, não se confundindo com os documentos meramente arrecadatórios que a codemandada fez anexar as fls. 141/150, isso porque, na escoliança de **José Afonso da Silva**, *"<u>a licença para edificar</u>* <u>(como as demais licenças edilícias)</u> *<u>não constituem nem uma autorização nem uma concessão, mas um ato de controle de um direito predeterminado quanto ao seu conteúdo</u>"*, e *"se tudo estiver na conformidade da legislação o pedido terá que ser deferido, outorgando-se a licença solicitada. Essa é uma consequência*

inelutável do caráter vinculado da licença, que impede, de um lado, que seja outorgada quando não sejam atendidos os requisitos legais e, de outro, impõe sua liberação quando esses requisitos sejam preenchidos". (o grifo o foi por nós).

Acabado de nos referirmos a *licença para construir*, não se há refugir, contudo, ao senso de que também o exercício da atividade de *prestação de serviços de publicidade* se condiciona pela expedição de licença, ambas ressabidamente sujeitas a controle de conteúdo e tributação.

Depois de sobredita confissão expressa, eis que a Administração Pública já um tanto tardonhamente tentou se exculpar e retroceder mediante a estratégia defensiva de que *a priori* estaria impedida de adentrar propriedade privada para promover a retirada "à força" do painel (fls. 36).

Não era, entrementes, necessário empregar qualquer aparato de violência ou malferir o direito de propriedade, como insinua, mas pura e simplesmente aplicar as prerrogativas de Direito Público de que investida, as quais lhes faculta, ou antes impõe, aplicar multas, demolir construções ou interditar quaisquer atividades em desacordo com as posturas municipais ou genericamente nocivas ao interesse público ou coletivo.

Isto constitui um **dever** indeclinável e não apenas um **poder** da Administração Pública, há enfatizar.

Nesse compasso, o saudoso e sempre atual HELY LOPES MEIRELLES ensina que se está diante de um **dano presumido**: *in litteris*

> **"A demolição de obra não licenciada ou clandestina, por óbvias razões, pode ser efetivada mediante simples ordem da Prefeitura, porque em tal caso o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, com só o ato de frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda edificação urbana. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento do Poder Público, a ausência de alvará para construir fez presumir um dano potencial à Administração consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências urbanísticas."**[1]

Seja sob o prisma de aqui se cuidar do exercício de uma ***"atividade"*** não regularizada, seja a considerá-la alternativamente como espécie do gênero ***"construção"***, visto exigir projeto elaborado por engenheiro civil e, portanto, assunção de responsabilidade técnica, num que noutro caso imprescindível a **licença** que, quando não obtida pelo interessado, há deflagrar por automatismo infuso o **poder-dever de polícia** e as sanções correspondentes.

O **Código Tributário Nacional** traz um conceito preciso de **poder de**

1 **HELY LOPES MEIRELLES**, em Direito Municipal Brasileiro, pp. 167 e seguintes, ou em Direito de Construir, 3ª ed., p. 185.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

polícia:

> **Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.**
>
> **Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.**

Dúvidas não remanescem, pois, acerca de que a negligência da Municipalidade foi a causa determinante dos danos infundidos à autora.

Atente-se a que a culpa, na vertente em espécie, move-se para mais de uma acepção finalística: *in litteris*

> **Ocorre a culpa do serviço ou falta do serviço, quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado (Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, *in* Elementos de Direito Administrativo, Ed. Rt, 1980, p. 257; no mesmo sentido Themístocles Brandão Cavalcanti, Curso de Direito Administrativo, Freitas Bastos, 6ª ed. pp. 124/125)**

Por então, no pressuposto de que nenhum dos demandados trouxe o **documento formal de outorga da licença** não se há como saber se a Municipalidade, à luz da legislação local, teria considerado a relação de direito material aqui examinada como ***"construção"*** ou como exercício de ***"atividade"***, ou enfim ambas, e ainda quais requisitos legais haver-se-ia sopesar para a outorga quanto a cada uma destas hipóteses.

O Direito experienciado como fenomenologia ético-social sobrevive à conta de **"ponderação de interesses"** e decerto a inexistência de norma disciplinando as condições específicas do exercício da atividade publicitária em São Vicente não significa liberdade plena (ao contrário se insere como elemento limitador) a que qualquer exploração econômica, mesmo que lícita, venha a lesar concidadãos de boa-fé mediante o abuso de direitos que condicionados se acham no atual quadro de civilização pela axiomática **função social**.

A ***teoria do abuso do direito*** foi concebida para toldar aquelas relações humanas em que, a despeito de não importarem numa agressão imediata e contundente a preceito expresso, há um **exercício antissocial do direito subjetivo** por parte de seu titular.

Neste compasso, socorremo-nos de uma antológica oração de civilidade

Acesso ao Sumário

insculpida pelo notável jurista italiano ADOLFO RAVÁ:

> ***"O Direito precisa ser um freio inibidor daquelas ações que incomodam os outros; em virtude de tal exigência, cabe ao direito traçar para cada um, dentro da sociedade, certa área de ação, certa esfera de liberdade, em cujo âmbito cada um possa movimentar-se, a seu bel prazer, sem invadir a esfera de igual liberdade alheia".***[2]

Mas é bom deixar clarificado que a só preterição de **licença formal** já legitimava (rectius: obrigava) plenamente a intervenção do **poder de polícia urbanístico-ambiental**, ou mais se se preferir, ***"polícia das construções"***,[3] como elemento ordenador dos espaços urbanos que, se não negligenciado quão o foi, teria servido como instrumento ágil para fazer cessar a importunação que o particular consorciado a inaceitável omissão do Poder Público resolveram impor à recorrente.

Ao elevar a estrutura metálica à altura do quarto andar, atingindo algo em torno de 12 metros, de modo que da sacada do apartamento a exuberante visão da Baía de São Vicente e da Ilha Porchat fosse tolhida, já de escantilhão os demandados infundiram dano grave à recorrente, tanto em seu bem-estar pessoal especialmente quanto sob o aspecto da depreciação econômica do imóvel de que é proprietária.

Pode parecer exagero da autora ao categorizar como **"poluição visual"** o aparato veiculador de mensagens, umas psicologicamente agressivas outras ideologicamente neutras, mas quase nenhuma delas pedagógicas ou instrutivas, com as quais tem compulsoriamente ela de se defrontar toda vez que escancara a janela do apartamento, mas não o é.

O tratadismo ambientalista mais recente lhe dá inteiro respaldo: *in litteris*

> **(...) Também a "poluição publicitária", resultante da excessiva afixação de cartazes nas vias públicas, é vista como lesiva ao ambiente, empregada a expressão em sentido amplo, por constituir *'uma agressão visual e psicológica'*, ofendendo, por isso, interesses difusos, como o relativo à preservação estética de certos lugares, ou aquele que se liga à segurança do trânsito. Não surpreende, em tais circunstâncias, que o Código de Defesa do Consumidor declare 'abusiva', entre outras, a publicidade "que desrespeita os valores ambientais".**[4]

Lesiva, porque não regulamentada, abrindo as comportas do abuso e do individualismo sociopata, e tanto potencialmente poluidora que São Paulo editou **a Lei Municipal 14.233/06**, que proíbe terminantemente no seu **artigo 18** toda

2 **ADOLFO RAVÁ**, *IL Diritto come norma tecnica*, p. 35.

3 **DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, 5ª Edição, Revista dos Tribunais, pág. 352.**

4 **CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA**, "*Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas*", *Revista Forense* v. 321, 1993, p.17.

Acesso ao Sumário

e qualquer publicidade exterior: "***Fica proibida, no âmbito do Município de São Paulo, a colocação de anúncio publicitário nos imóveis públicos e privados, edificados ou não***".

E mais: foram eleitos lugares menos impactantes para instalá-lo, os letreiros tem dimensões preestabelecidas, somente um anúncio é permitido e os painéis de publicidade terão altura máxima de 5 m², contando da base até a altura da placa, apenas exemplificando.

Para se livrar da torrente de "comerciais" de cervejas, bancos e empresas de telefonia veiculadas na televisão, que não raro violentam a consciência e o intelecto, o cidadão conscientizado dispõe da faculdade de mudar de canal ou optar pela "televisão fechada", mas a autora está sendo compelida a conviver diuturnamente e em regime de rotatividade com mensagens calcadas em ideias, sentimentos e símbolos psiquicamente poluentes.

E isto vem ocorrendo em São Vicente como em qualquer outro lugar do País porque, a despeito da inegável importância sócio-econômica da Publicidade e da Propaganda[5], o Brasil não possui um Código de Ética moderno e atualizado[6] aos anseios evolucionais da sociedade organizada, que possa contemplar inclusive a nefasta infiltração de marqueteiros no processo eleitoral, constituindo este um "território sem lei" e, por isso mesmo, profícuo de toda laia de abusos, razão de Educadores e Filósofos lhe terem inçado de dissidências muito antes que a sociedade moderna conhecesse o poder midiático, como dá conta a impressiva síntese de ROLAND CORBISIER, que ora se transcreve: *in litteris*

> **"Caricatura da pedagogia, a propaganda não visa a formar nem educar, mas sugestionar e violentar as consciências pela repetição das mesmas fórmulas e a difusão das mesmas imagens. Não se preocupa jamais com o indivíduo, a pessoa humana, mas com a massa, o grande público, indiferençado e anônimo. Postulando o desprezo do ser humano, propõe-se a sua manipulação deliberada e metódica, a fim de convertê-lo em um simples instrumento a serviço de seus propósitos políticos ou econômicos. Nesse sentido, e na medida em que é o mundo da propaganda dominado pelo espírito da propaganda, poderíamos dizer que o mundo moderno é o mundo anticultural e antipedagógico por excelência, pois a pedagogia implica não só o respeito à pessoa humana como o desinteressado propósito de assisti-la em seu desenvolvimento e em sua formação. Com o advento da democracia liberal que destruiu as castas e os privilégios, e com o surpreendente desenvolvimento da Técnica e da Indústria, que propiciaram a difusão do conforto e permitiram a elevação do nível de vida material das classes inferiores, ocorreu,**

Acesso ao Sumário

5 "Numa conceituação ampla, poder-se-ia definir propaganda como a comunicação de ideias, sentimentos e símbolos para formar em outrem convicções, atitudes e condutas, desejadas pelo propagandista" - **NELSON DE SOUZA SAMPAIO**, *A Propaganda e o Direito*, 1969, p. 16.

6 O Código de Ética dos Profissionais da Propaganda foi editado em Outubro de 1957.

paralelamente e em correspondência à substituição da pedagogia pela propaganda, um outro fenômeno, da maior importância, que se tornaria característico do mundo contemporâneo, o *fenômeno da massificação.* Inconscientes das origens do novo mundo de facilidades e de seguranças em que se acham instaladas, as massas não encontram nenhum limite ou pressão que contenha as suas reivindicações de irrestrita igualdade. Exigindo, como um direito, a sua participação em todos os "*benefícios da civilização* e *do progresso*", não reconhecem mais nenhuma instância superior à qual devam subordinar-se. Ignorantes que o seu bem estar e o seu conforto são o resultado do esforço e do trabalho de todos os homens egrégios que as antecederam, e refratárias a qualquer disciplina religiosa, política ou pedagógica, as massas irrompem no horizonte da História, como uma nova invasão de bárbaros, insubmissas e agressivas, dispostas apenas a fruir, e com o menor esforço, de um patrimônio que não ajudaram a criar porque o receberam de graça, como uma dádiva do destino. Exigindo somente o bem estar e o prazer, insurgem-se contra qualquer tutela e se recusam a admitir qualquer interferência que as contenha na afirmação da própria vulgaridade. Incapaz de respeito e de veneração, o *homem-massa*, cuja fisionomia psicológica coincide com a do *homem do ressentimento*, analisado por Max Scheler, ingressa na vida pública em um momento da História no qual se verifica o colapso, a desintegração de todas as estruturas e instâncias que o poderiam disciplinar e conter. Impermeáveis à educação e ao espírito, rebeldes à hierarquia e à autoridade, as massas se tornam a presa da propaganda que as modela sem que se apercebam, mantendo-as sob sua permanente sugestão e influência. Seria uma contradição nos termos, escreve Gabriel Marcel, imaginar que é possível uma educação das massas. Só o indivíduo, ou mais exatamente a pessoa, é educável".[7]

Uma coisa é, com efeito, deparar-se acidentalmente com um painel publicitário em **ponto psicologicamente neutral**, quando o impacto da mensagem talvez possa ser mitigado ou mesmo diluir-se no turbilhão de estímulos sensualísticos da cidade contemporânea, outra, diametralmente diversa, é ter de conviver **na sacada da residência** com esta forma estressante, nem sempre artística, honesta e eticamente responsável de comunicação social.

E exatamente por inexistir um Código de Ética da Publicidade é que a empresa demandada não guardou nenhum recato a instalar gigantesco painel que ademais de tolher a visão para a Baía de São Vicente e a Ilha Porchat obriga muitos moradores do Edifício próximo (veja-se pelas fotografias que não só a autora) a suportarem, entre outras, propaganda de casa de tolerância.

7 **ROLAND CORBISIER** - *Situação e Problemas da Pedagogia* - *in* Revista Brasileira de Filosofia, vol. II, 1952, pp. 227 e 228.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

É de elementaríssima intelecção que alguém que adquira um apartamento com alguma vista para o mar esteja não-necessariamente a priorizar o fator-moradia, embora isto possa concorrer, mas sobretudo visando a atributos como o **lazer**, o **descanso**, a **tranquilidade psíquica** e, enfim, tudo o que o turismo em sua acepção mais dilargada pode propiciar, havendo não deslembrar a significativa diferença de valores financeiros com que se depara o adquirente ao optar por um imóvel singularizado por tal característica topográfica.

Um juízo de valor com a pretensão de estampar coerência não pode, porém, perder o senso de que São Vicente tem vocação precipuamente turística e a paisagem que engalana seu território não é a trivial, mas a mesma que serviu de berço à *Cellula Mater da Nacionalidade* (primeira Cidade do Brasil) e à Democracia no Continente Americano (primeiras eleições populares das Três Américas, mediante a instalação da primeira Câmara dos Vereadores no Continente), quando a Esquadra de **Martim Afonso de Souza**, em janeiro de 1532 aqui aportou, a exigir das Autoridades Executivas, Legislativas e Judiciárias locais cautela multiplicada no trato com seu relicário histórico, cultural e paisagístico.

Ora bem: eis o **abuso do direito de publicitar** em todos os seus elementos conformadores, seja por tudo de deletério e degradante que a recorrente está sendo obrigada a conviver e tudo de belo e aprazível de que está sendo tolhida, a conspirar ao **direito individual à paisagem** (individual, porque adquirido onerosamente), moderna construção dogmática do direito ambiental afeta à **qualidade de vida**, infundindo-lhe o mais insofismável vilipêndio.

Merece transcrição trecho de luminar trabalho do Prof. ANTONIO ZANOLLO NETO, publicado na **Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 8, p.** 30: *in verbis*

> **"A recente Convenção Européia da Paisagem (2004) contribui para que se alcance o desenvolvimento sustentável, estabelecendo uma relação equilibrada e harmoniosa entre as necessidades sociais, as atividades econômicas e o ambiente. Significa que, internacionalmente, a paisagem é em toda a parte um elemento importante da qualidade de vida da coletividade, pois, se constatou que ela desempenha importantes funções de interesse público, nos campos cultural, social e ambiental, e constitui um recurso favorável à atividade econômica, cuja tutela e gestão adequadas podem contribuir para a criação de emprego e renda dos cidadãos. Desde que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio à qualidade de vida ficou assegurado constitucionalmente (CF/88, art. 225), deve-se perceber que a paisagem constitui elemento essencial ao bem-estar e a sensação de conforto individual e social (Silva: 2005, p. 278), implicando a sua tutela e gestão direitos e deveres do Estado**

Acesso ao Sumário

e à coletividade. É em razão dessa concepção que a ocupação das ruas pelo comércio informal, a instalação clandestina de antenas de rádio e televisão, torres de telefonia celular, propaganda visual e pichações são exemplos do desrespeito aos direitos da coletividade e às autorizações do Poder Público, transfigurando à estética (ou beleza) urbana sob argumentos equivocados de necessidades econômicas e sociais. (o grifo o foi por nós).

Em realidade, acha-se a recorrente exposta a uma espécie de tortura mentopsicologica permanente, quanto mais potencializada por se tratar de pessoa intelectualmente graduada e sensível.

A ***teoria dos reflexos condicionados***, de PAVLOV, que parecia ter perdido a voga no emaranhado de vertentes modernas votadas ao estudo do comportamento humano, oferece riquíssimo repertório de possibilidades justificadoras do reclamo aqui formulado.

Está-se, pois, inequivocamente diante de um ilícito bifronte em que o Poder Público, **por culpa do serviço**, e o particular, pelo **abuso do direito de publicitar**, consorciaram-se para malferir os direitos subjetivos da autora.

Passo ao largo de formular análise judicativa acerca do *direito de vizinhança*, por relevante também se afigure, à conta de que o direito de ação evidenciou-se inviável quanto ao Espólio de Manuel Borrallo Sanchez, por ausência de pressuposto processual de validade, eis não comprovada a regular representação mediante a juntada da *certidão de inventariante*, documento insuscetível de ser substituído por simples cópia de alvará judicial (fls. 213).

Declaro, pois, nulos os atos processuais praticados em nome do sobredito Espólio. Extingue-se assim o processo sem resolução do mérito, com fundamento no **artigo 267, IV, do Código de Processo Civil**. À vista do *princípio da causalidade*, Salvadora Gutierrez Delgado arcará proporcionalmente com as custas e despesas processuais, pelos atos processuais nulos a que deu causa.

Julgo procedente, no mais, o pedido para condenar solidariamente o **Município de São Vicente** e **Signs Slogam Comunicação Visual e Publicidade Praia Grande Ltda.** à obrigação de demolir a estrutura metálica e qualquer outro aparato capaz de causar importunação à autora e obstruir o direito à paisagem, sob pena de multa diária no importe de **R$ 1.000,00** (um mil reais), a incidir a partir do **10º** (décimo) dia após a publicação do acórdão.

Arcará **cada um** dos demandados com a verba honorária que arbitro em **R$ 15.000,00** (quinze mil reais). Os parâmetros trilhados são o da complexidade da causa, envolvendo direito de moderna elaboração doutrinária em que escasso o repertório jurisprudencial de suporte, o risco acentuado da demanda e a longa duração do processo, fatores que exigiram da advogada maior grau de zelo profissional, conforme **artigo 20** e seguintes do **Código de Processo Civil**.

Responderão por custas e despesas processuais, proporcionalmente.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou provimento** ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012941-09.2008.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante/apelado CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., são apelados/apelantes LUIZ SETHUO NAGAI (E SUA MULHER) e JORDINA LUZ NAGAI e Apelado ACE SEGURADORA S/A.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Não conheceram dos recursos e suscitaram o conflito de competência junto ao Órgão Especial. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-14.711/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 5 de março de 2015.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA. Diadema. Ação de reparação de danos materiais e morais. Danos decorrentes de contaminação do solo e da água. Pretensão à reparação civil. Ação sem conotação ambiental. Empresa privada. Compete à Seção de Direito Privado, Resolução nº 623/13, art. 5º item III. 29, o julgamento de demanda que versa sobre a ação de responsabilidade civil extracontratual entre pessoas de direito privado. Incompetência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Precedentes do Órgão Especial. Não conhecimento e suscitação de conflito de competência.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 4.636/4.640, declarada a fls. 4.658 e 4.674, vol. 24 julgou parcialmente procedente a ação para condenar o corréu CARREFOUR a pagar aos autores R$ 50.000,00 a título de danos morais, com correção monetária

da data da publicação da sentença pela tabela prática do Tribunal de Justiça e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; bem como para condenar a corré ACE SEGUROS ao reembolso dos valores no limite da apólice. Em face à sucumbência, condenou o réu CARREFOUR a arcar com as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor atualizado da condenação.

Apela o corréu CARREFOUR pela reversão do julgado (fls. 4.679/4.704, vol. 24) e os autores pela procedência integral da ação (fls. 4.707/4.754, vol. 25). Contrarrazões dos autores a fls. 4.791/4.802, vol. 25, do CARREFOUR a fls. 4.808/4.824, vol. 25 e da SEGURADORA a fls. 4.826/4.832, vol. 25. Os autos foram distribuídos em 26-9-2014 a 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Paulo Eduardo Razuk, que não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição à Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 4.846/4.851, vol. 25).

É o relatório.

2. A Câmara Ambiental foi criada considerando a relevância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, nos termos da Resolução TJ nº 240/05 de 5-10-2005. À Câmara Ambiental compete, em linguagem simples, a interpretação e a aplicação da legislação ambiental, assim entendida a legislação que tem por objeto a regulação e a preservação do meio ambiente.

A competência da Câmara Ambiental não se define só pelo objeto, mas pelo objeto e pela causa de pedir; julga as demandas em que a interpretação e aplicação da legislação ambiental têm papel preponderante, no meio ambiente natural ou urbano.

No caso concreto, os autores ajuizaram de indenização por danos materiais e morais em razão da contaminação ambiental provocada pelo vazamento de combustível no posto de serviços do CARREFOUR. Pretendem a condenação do réu no pagamento de indenização pela desvalorização de seu imóvel, pelo prejuízo causado à sua saúde, assim como o pagamento de convênio médico e pensão vitalícia. A lide discute a possibilidade de indenização, sem entrar no mérito da legislação ambiental; discute a existência dos danos materiais e morais decorrentes do evento.

3. Não se desconhece o acórdão proferido no conflito de competência nº 0291862-88.2011.8.26.000, Rel. Des. Guilherme Strenger, em caso semelhante a este, que estabeleceu a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente para o julgamento da lide. No entanto, a jurisprudência atual do Órgão Especial tem reconhecido ser da Seção de Direito Privado a competência para julgamento das ações de indenização em que a legislação ambiental não tem reflexo direto na causa nem na solução, caso dos autos, conforme se observa nas seguintes decisões:

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

Conflito negativo de competência entre a 2ª Câmara de Direito Privado e a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Agravo de Instrumento interposto em ação de reparação de danos materiais e morais, causados por contaminação ambiental. Interesses de natureza privada que têm apenas como fundo o dano ambiental. Precedentes reiterados deste Órgão Especial. Conflito julgado procedente. Competência da Câmara de Direito Privado (CC nº 0062634-47.2014, Órgão Especial, Rel. Márcio Bartoli, 29-10-2014, por unanimidade julgaram procedente o conflito e competente a 2ª Câmara de Direito Privado)

Conflito de competência. Ação de reparação de danos morais e materiais, cumulada com pleito de obrigação de fazer. Dúvida suscitada pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, em face da rejeição de competência manifestada pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. 1. Questão ambiental que, a despeito de retratar comportamento potencialmente lesivo ao meio ambiente, foi invocada apenas de forma reflexa, não envolvendo interesses difusos; o objeto da causa de pedir tem por móvel a indenização por ofensa ao patrimônio material e moral dos autores da ação, inserindo-se no rol do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013, especificamente item I.29: responsabilidade civil extracontratual. 2. Conheceram do conflito, julgando-o procedente e reconhecendo a competência da câmara suscitante para apreciar e julgar o recurso (CC nº 0018866-71.2014, Órgão Especial, Rel. Vanderci Álvares, 30-7-2014, julgaram procedente o conflito e competente a 1ª Câmara de Direito Privado)

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Agravo de Instrumento. Ação de Indenização por ato ilícito, movida em face de Petróleo Brasileiro S/A. Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução n° 194/2004 Regimento Interno, desta Corte. Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitada (CC nº 0201323-08.2013, Órgão Especial, Rel. Antônio Carlos Malheiros, 29-1-2014, por unanimidade julgaram procedente o conflito e competente a 6ª Câmara de Direito Privado)

Acesso ao Sumário

4. Não é só; esse mesmo fato, vazamento de combustível no posto de serviços do réu no ano de 2006, deu origem ao ajuizamento de várias ações de indenização por danos morais e materiais; segundo pesquisa a que procedi na página eletrônica do Tribunal de Justiça, tais ações estão sendo encaminhadas à Seção de Direito Privado, muitas delas já julgadas nessa Seção: Carrefour Comércio e Indústria Ltda. vs Luis Ferreira de Alencar e outros, AC nº 0005554-06.2009.8.26.0161, 31ª Câmara de Direito Privado, 30-9-2014, Rel. Francisco Casconi; Carrefour Comércio e Indústria Ltda. vs Idumi Kuriki e outra, AC nº 0021357-24.2012.8.26.0161, 28ª Câmara de Direito Privado, 17-9-2014, Rel. Celso Pimentel; Carrefour Comércio e Indústria Ltda. vs Conceição Chierotto Kataoka e outros, AC nº 0008262-83.2014.8.26.0161, 33ª Câmara de Direito

Privado, 11-8-2014, Rel. Luiz Eurico; Carrefour Comércio e Indústria Ltda. vs Maria da Luz Machado Simas e outros, AC nº 0012260-39.2008.8.26.0161, 30ª Câmara de Direito Privado, 16-4-2014, Rel. Andrade Neto; Carrefour Comércio e Indústria Ltda. vs Solange Aparecida Goiano Tejada de Souza e outros, AC nº 9191914-25.2008.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, 26-3-2014, Rel. Ramon Mateo Júnior; Carrefour Comércio e Indústria Ltda. vs Terezinha Petronila de Morais Bezerra e outros, AC nº 0008703-78.2007.8.26.0161, 3ª Câmara de Direito Privado, 7-2-2012, Rel. João Pazine Neto.

Deste modo, a outra Seção, não a esta, compete este julgamento, nos termos do art. 100 do Regimento Interno do TJSP e do item III. 29 do art. 5º da Res. TJ nº 623/13.

O voto **é pelo não conhecimento dos recursos e pela suscitação de conflito de competência junto ao Órgão Especial**, com sugestão de devolução à 1ª Câmara de Direito Privado, sendo juiz certo o Desembargador Paulo Eduardo Razuk (fls. 4.840, vol. 25).

Jurisprudência - Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0341268-35.2007.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ELIAS PEREIRA RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Decretaram de ofício a carência da ação; julgaram prejudicados a apelação do autor e o reexame necessário. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.153)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO- ACIDENTE COM APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO – INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO – CARÊNCIA.

“Provado nos autos que o autor encontra-se no

Acesso ao Sumário

gozo de aposentadoria por tempo de contribuição desde 18.08.1992 e levando-se em conta que o termo inicial do auxílio-acidente seria fixado já em plena vigência da Lei 9.528/97, incide na hipótese a regra da inacumulatividade de benefícios prevista na referida lei, de modo que é de rigor o decreto de carência da ação".

Carência da ação decretada de ofício; apelação do autor e reexame necessário prejudicados.

VOTO

Trata-se de ação acidentária movida por Elias Pereira Rodrigues em face do INSS alegando, em síntese, que devido às condições agressivas de trabalho, às quais se sujeitou no desempenho de suas funções na empresa que menciona, tornou-se portador de perda auditiva e problema colunar, males esses que reduziram a sua capacidade laboral. Postula a concessão de benefício acidentário.

O laudo médico pericial veio aos autos (fls. 146/163).

Sobreveio a r. sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar o INSS a pagar ao autor auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício a partir da data da juntada do laudo pericial aos autos (27.04.2012), mais abono anual, além de juros de mora, correção monetária, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre as parcelas até então vencidas. Determinou o Juízo a remessa dos autos a esta Instância para o reexame necessário (fls. 209/214).

Inconformado, apela o autor pleiteando a modificação do termo inicial do benefício para a data da citação (ver fls. 215/217).

O INSS não apresentou resposta.

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Passo a decidir.

Impõe-se, de ofício, o decreto de carência da ação, restando prejudicado o recurso voluntário e o reexame necessário.

Com efeito, objetivou o autor na presente ação a concessão de benefício acidentário sob o argumento de que teve reduzida a sua capacidade de trabalho em decorrência de perda auditiva e problema colunar, cujas causas de eclosão, segundo alega, estão relacionadas com as condições inóspitas às quais se sujeitou no desempenho de sua atividade profissional.

Em que pese o reconhecimento pelo laudo médico produzido da existência de déficit laboral de caráter parcial e permanente em decorrência da perda auditiva, há na espécie inequívoco óbice legal a autorizar a concessão do

Acesso ao Sumário

auxílio-acidente.

A razão é simples: o auxílio-acidente que, em tese, faria jus o obreiro por força de prejuízo profissional resultante da perda auditiva que o acomete teria o seu marco inicial fixado a partir da data da juntada aos autos do laudo médico-pericial (27.04.2012- ver verso de fls. 144), consoante o entendimento aqui perfilhado ou, ao menos, a partir da data da citação (03.08.2007 - ver certidão de fls. 32), portanto, ambos os termos já em plena vigência do óbice legal à cumulação com aposentadoria por tempo de contribuição mantida desde 18.08.1992 (ver fls. 233).

Se assim é, incide na espécie a regra inserta no parágrafo 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela referida Lei 9.528/97: ***"... § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. ...*** " (o negrito e sublinhado não constam do texto original).

A mesma Lei 9.528/97, na redação que deu ao artigo 86 da Lei 8.213/91, como se sabe deixou expressa a vedação à cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria.

Logo, no presente caso, a despeito do déficit funcional experimentado pelo autor em razão da perda auditiva que o acomete, tenho por indiscutível a incidência do apontado impedimento previsto na legislação, de modo que resta configurada a impossibilidade jurídica a autorizar o deferimento do amparo acidentário na espécie.

Assim, sem embargo do respeito que merece a r. sentença ora em reexame, impõe-se de ofício o decreto de carência da ação, na forma do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, de ofício decreto a carência da ação e, consequentemente, julgo extinto o processo com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Sem imposição dos ônus da sucumbência por força de disposição legal (artigo 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91). Resta prejudicada a apreciação da apelação do autor e do reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045529-63.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA

Acesso ao Sumário

SANTA CRUZ, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso parcialmente provido. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6108)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 10 de março de 2015.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: Apelação – Ação de rito ordinário – Shopping Center que teve seu alvará de funcionamento cassado pela Administração Municipal pelo fato de ter construído salas de cinema em área destinada à instalação de teatro, em desacordo com o projeto original – Autora que promoveu a interdição de uma sala de cinema – Pedido de declaração de inexistência de desvirtuamento de uso do imóvel – Impossibilidade – Irregularidade que persiste, ainda que em 6,67% da área prevista para a construção do teatro – Pleito para que não seja cassada a licença de funcionamento do shopping – Acolhimento – Medida que irá prejudicar milhares de pessoas – Violação ao princípio da proporcionalidade – Municipalidade que poderá interditar a área não isolada pela apelante – Acolhimento do pedido subsidiário – Ação parcialmente procedente – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação que visava à declaração de não desvirtuamento de uso de imóvel, cumulada com pedido de condenação da ré a não cassar o alvará de funcionamento do *shopping center*, e que foi julgada improcedente pela r. sentença de fls. 343/348.

Sustenta a apelante que restou demonstrada a sua boa-fé, na medida em que iniciado o procedimento fiscalizatório pela Municipalidade, tomou as medidas necessárias à regularização da construção, tais como, (a) isolamento da área correspondente a quase a totalidade do projeto original, fazendo, com isso, cessar o desvirtuamento de uso, (b) contratação de empresa especializada para obter junto à Prefeitura a correção do projeto e respectivos alvarás para reforma, edificação e implementação do teatro, (c) colocação de placas indicativas de

Acesso ao Sumário

novo teatro em fase de construção, (d) envio de carta à Secretaria de Cultura para que fosse comunicada a existência de interessados em operar o novo teatro, (e) requerimento postulando prazo adicional à regularização do projeto. Alega que lei posterior (Lei Municipal no 13.703/03) estendeu os mesmos benefícios relativos à taxa de ocupação às salas de cinema. Afirma que apenas uma pequena parcela da área originalmente prevista para o teatro (6,67%) não foi isolada, logo, a cassação da licença de funcionamento do *shopping center* se mostra medida drástica e desproporcional, uma vez que irá lesionar os lojistas, as pessoas que lá trabalham e os consumidores. Assevera que os atuais gestores da autora não sabiam das irregularidades quando da aquisição do controle do shopping, tendo em vista que, outrora, a Municipalidade autorizara o funcionamento das onze salas de cinema em área sobreposta àquela destinada ao teatro, de modo que a apelada não pode se eximir da responsabilidade pela não construção do teatro. Aduz que o novo projeto está de acordo como artigo 4º da Lei Municipal no 11.536/94, sendo certo que as alterações atuais em relação ao projeto original não interferem no tamanho do palco nem do auditório, apenas reduz parte dos camarins. Subsidiariamente, pugna pela interdição apenas da área reputada irregular.

Jurisprudência - Direito Público

O recurso recebeu resposta, tendo a D. Procuradoria de Justiça, não obstante a autuação do Ministério Público na Primeira Instância, ofertado parecer no sentido de não haver interesse no processo.

É o breve relatório, adotado no mais o da r. sentença.

A Companhia Santa Cruz, empresa administradora do Shopping Metrô Santa Cruz, após procedimento fiscalizatório, para averiguar denúncia de desvio de uso de imóvel, teve seu alvará de funcionamento cassado pela Municipalidade de São Paulo, sob o fundamento de que, no estabelecimento, foram instaladas salas de cinema em área que originalmente estava reservada à construção de um teatro.

Consoante se vê da planta do Centro de Compras em apreço (fls. 188), que foi aprovada pela Municipalidade, em seu corpo existe a previsão de construção de área reservada a um teatro no terceiro pavimento.

É fato incontroverso que a área de 1.401,56m² destinada à instalação do teatro não foi computada para fins de taxa de ocupação e de coeficiente de aproveitamento do imóvel, nos moldes da Lei Municipal nº 11.536/94:

> *"Artigo 2º. Os teatros que vierem a ser construídos, bem como os imóveis que forem reformados para a inclusão de teatros em suas dependências, conforme as normas técnicas em vigor, poderão receber os seguintes benefícios:*
>
> *I - suas áreas não serão computáveis para efeito de definição da taxa de ocupação e do coeficiente de aproveitamento utilizados no projeto de*

Acesso ao Sumário

construção, respeitadas as demais restrições constantes da legislação em vigor;

II - as áreas não computadas, conforme o disposto no inciso anterior, poderão ser acrescidas na própria edificação que contiver o teatro, desde que respeitado o limite de até 25% (vinte e cinco por cento) de sua capacidade construtiva, mesmo que a área destinada ao teatro ultrapasse esse percentual".

Reconhecida a irregularidade pela atual administradora do centro de compras e visando cessar o desvirtuamento de uso do imóvel, a autora isolou a sala de cinema nº 11 com tapumes, indicando, ainda, que naquela seria construído um teatro.

Inobstante isso, a requerida entendera que o desvirtuamento de uso não havia cessado, conforme se lê da fl. 104:

"Em que pese a Interdição de uma sala de cinema, o que de maneira parcial tenta evitar o desvirtuamento de uso, continua a existência de área de uso relativo ao Teatro com alteração de destinação, não atendendo a Lei 11.536/94, portanto INDEFIRO o presente pedido."

Diante disto, a Municipalidade aplicou à ora recorrente as penalidades previstas nos incisos I e III, do artigo 3º da Lei Municipal nº 11.536/94, que assim dispõe:

"Artigo 3º. As edificações referidas no artigo anterior, ao serem beneficiadas pelo disposto nesta lei, não poderão, sob hipótese alguma, desatender ou alterar a destinação de uso relativa ao teatro, sob pena de:

I - ser cassado seu alvará de funcionamento;

II - não ser-lhe concedido alvará de funcionamento para qualquer outra atividade na edificação destinada ao teatro;

III - ser-lhe aplicada multa no valor de 500 (quinhentas) UFM's Unidades de valor Fiscal do Município, renováveis a cada 30 (trinta) dias, enquanto perdurar a irregularidade".

Observa-se que a Municipalidade rejeitou a defesa administrativa da autora, pelo fato de a autuada ter isolado apenas parte da área destinada originalmente ao teatro (fl. 182).

Importante frisar que, na verdade, a Administração Municipal considerou que para cessar o desvirtuamento do uso do imóvel, a autora deveria ter interditado a totalidade do local reservado ao teatro, inclusive a área originalmente destinada aos camarins, que, atualmente, é ocupada pela sala 9 do cinema, cujas atividades não foram interrompidas pela apelante.

De se notar que a Municipalidade não se opôs ao uso compartilhado do *foyer* do teatro com o dos cinemas (fl. 301).

Acesso ao Sumário

A autora, por sua vez, afirma que a área que não foi isolada corresponde a apenas 6,67% daquela reservada à construção do teatro, logo, não pode ser motivo para caracterizar o desvio de uso do imóvel e a cassação do alvará de funcionamento do Shopping Metrô Santa Cruz.

Senão, vejamos.

No tocante ao pedido de declaração de inexistência de desvirtuamento de uso do imóvel, sem razão a apelante.

Ora, muito embora o desvio de uso corresponda a 6,67% da área prevista para a construção do teatro, certo é que esta área foi não computada para fins de taxa de ocupação e de coeficiente de aproveitamento do imóvel, e, ainda, estava destinada à implantação dos camarins, conforme o projeto original do teatro, de modo que a se concluir que a irregularidade persiste. Ademais, não compete ao Poder Judiciário declarar a irrelevância da referida metragem para a implantação do teatro.

Tampouco merece prosperar a afirmação pela qual o desvirtuamento de uso do imóvel deixou de existir com o advento da Lei Municipal no 13.703/031. Com efeito, referida norma, que alterou o artigo 6º da Lei Municipal nº 11.536/94, passou a reconhecer as salas de cinema como não computáveis para fins de taxa de ocupação e de coeficiente de ocupação de imóvel, mas apenas na proporção de um metro de cinema para cada metro de teatro. Entretanto, na hipótese em testilha, não há prova de que a área total das salas de cinema existentes no centro de compras já não ultrapassa o espaço destinado ao teatro, logo, impossível concluir que a autora tenha se favorecido do benefício introduzido pela Lei Municipal nº 13.703/03[1].

Por outro lado, a penalidade de cassação da licença de funcionamento do *shopping center* não se coaduna com o princípio da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, de se lembrar que a Lei Municipal no 11.536/94 estabeleceu três penalidades àqueles que alterarem a destinação do uso do teatro, quais sejam: cassação da licença de funcionamento, impossibilidade de concessão de alvará de funcionamento para outra atividade no local destinado ao teatro, bem como, multa enquanto perdurar a irregularidade.

Não se olvida que a lei conferiu ao administrador público, no âmbito

---

1 *Art. 1º - Altera o dispositivo do artigo 6º, artigo 7º, artigo 8º e artigo 9º da Lei nº 11.536, de 23 de maio de 1994, que passam a ter a seguinte redação:*

"Art. 6º - A edificação poderá adicionalmente ter a inclusão de salas de cinema, no benefício, de não serem computáveis para efeito de definição da taxa de ocupação e do coeficiente de aproveitamento utilizados no projeto de construção, respeitadas as demais restrições constantes da legislação em vigor.

Parágrafo único - A soma das áreas destinadas às salas de cinemas, inclusive as respectivas áreas de espera, áreas técnicas e outras vinculadas diretamente à operação dos cinemas, serão consideradas no benefício apenas na proporção 1.1 (um metro de cinema para cada metro de teatro). No caso da soma das áreas das salas de cinema superar a soma das áreas das salas de teatro, o excesso será considerado na taxa de ocupação e no coeficiente de aproveitamento."

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

do seu poder discricionário, aplicar as penalidades estabelecidas no artigo 3º da Lei Municipal nº 11.536/94, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência.

Entretanto, cumpre asseverar que mesmo os atos administrativos discricionários são passíveis de controle do Poder Judiciário, mormente quando a sua apreciação demanda análise da observância do princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, vale transcrever a lição do Mestre Hely Lopes Meirelles[2]:

"Implícito na Constituição Federal e explícito, por exemplo, na Carta Paulista, art. 111, o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa.

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão a direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque 'cada norma tem uma razão de ser'.

De fácil intuição, a definição de razoabilidade revela-se quase sempre incompleta ante a rotineira ligação que dela se faz com a discricionariedade. Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa." (grifos nossos)

Não é demais citar o ensinamento da insigne Professora Odete Medauar[3]:

"Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as

Acesso ao Sumário

2 *In* Direito Administrativo Brasileiro, 39ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2013, p. 96/97.

3 *In* Direito Administrativo Moderno, 17ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 147.

atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluindo o custo social.

Nessa esteira, no caso concreto, a cassação da licença de funcionamento imposta a todo o Shopping Metrô Santa Cruz se mostra desproporcional à finalidade da sanção, pois, prejudicará milhares de pessoas, quais sejam, os comerciantes e os empregados que dependem diretamente da continuidade das atividades do centro de compras.

A respeito da desproporcionalidade da medida, vale citar o parecer do ilustre Promotor de Justiça oficiante (fl. 341):

"Seja porque atingirá uma infinidade de pessoas (empresas e trabalhadores), as quais serão prejudicadas com o encerramento das atividades do centro de compras. Seja porque não representa o justo equilíbrio entre os meios empregados (encerramento das atividades de todo o shopping) e os fins a serem alcançados (a instalação de um teatro). Longe disto, a cassação do alvará é 'desmedida', nos termos da doutrina referida.

Igualmente porque as demais medidas (a impossibilidade de concessão de alvará de funcionamento para outra atividade no local destinado ao teatro – que implica na integral fiscalização do eventual estabelecimento ali implantado, inclusive possibilitando-se o encerramento de suas atividades específicas, exercidas dentro do centro de compras – e a aplicação de multa, renovável a cada trinta dias, enquanto perdurar a irregularidade) são eficazes e representam menor desvantagem ao administrado."

Desta forma, com a devida vênia à MM. Juíza sentenciante, muito embora se reconheça que a licença de funcionamento deve ser prévia, de se notar que, na hipótese, a Municipalidade já havia concedido a referida autorização ao *shopping*, inclusive para funcionamento das salas de cinema em área sobreposta ao teatro, de modo que a cassação do alvará em tela, passados mais de dez anos de funcionamento do centro de compras, irá lesionar milhares de pessoas, e, consequentemente, não se coaduna com o princípio da razoabilidade.

Bem por isso, nos termos do princípio da razoabilidade, é de se acolher o pleito subsidiário da autora, para que não seja cassado o alvará de funcionamento do Shopping Metrô Santa Cruz enquanto a autora promove a regularização do teatro, podendo, por outro lado, a Municipalidade determinar a interdição da área não isolada pela apelante, onde está localizada a sala de cinema nº 9.

Por fim, vale ressaltar que a vedação imposta à Municipalidade para que não impeça o funcionamento do *shopping center* restringe ao descumprimento da regra relativa à construção do teatro, de modo que a presente decisão não obsta

Acesso ao Sumário

a revogação da licença de funcionamento por outros motivos, mormente aqueles que coloquem em risco a segurança das pessoas que trabalham e transitam no centro de compras.

Destarte, o recurso comporta parcial provimento para o fim de julgar a ação parcialmente procedente.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das despesas processuais e com os honorários de seu patrono, nos moldes do artigo 21, do Código de Processo Civil.

Para fins de possibilitar o acesso das partes às Instâncias Superiores, dou por prequestionadas as matérias constitucionais e legais alegadas em recurso pelas partes, nos termos das razões de decidir já externadas no voto, deixando de aplicar dispositivos constitucionais ou legais não expressamente mencionados e/ou tidos como aptos a fundamentar pronunciamento judicial em sentido diverso do declinado.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9125155-79.2008.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante SUELI SILVA RAMINELI, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.453)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – REVISÃO DE BENEFÍCIO PENSÃO POR MORTE – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FIXADA PELO C. STJ EM JULGAMENTO DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

ACIDENTE DO TRABALHO – REVISÃO DE BENEFÍCIO – PENSÃO POR MORTE

– PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL PARA 100% APÓS O ADVENTO DA LEI 9.032/95 – INADMISSIBILIDADE – BENEFÍCIO CONCEDIDO SOB A ÉGIDE DA LEI VIGENTE NA ÉPOCA DO FALECIMENTO DO SEGURADO – CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO "TEMPUS REGIT ACTUM".

ACIDENTE DO TRABALHO – REVISÃO DE BENEFÍCIO – PENSÃO POR MORTE – RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA – REAFIRMADA A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE A REVISÃO DOS BENEFÍCIOS CONSTITUÍDOS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.032/95 NÃO PODE SER REALIZADA COM BASE NO NOVO COEFICIENTE ESTABELECIDO NO REFERIDO DIPLOMA LEGAL.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação proposta pela por titular de pensão por morte objetivando a majoração de seu benefício, em razão da entrada em vigor das Leis 8.213/91 e 9.032/95, mais benéficas que norma em vigor no momento da concessão do benefício.

A ação foi julgada improcedente pela r. sentença de fls. 57/62, proferida pela Justiça Estadual de Ribeirão Preto.

Apelou a obreira alegando, em síntese, a nulidade da sentença, que tratou de revisão de auxílio-acidente, não analisando o pedido contido na inicial, de majoração de pensão por morte acidentária. Afirma, diante disso, que a decisão é *extra petita*. Pede, assim, a declaração de nulidade do *decisum* e a prolação de nova sentença.

O apelo foi recebido e respondido.

O recurso foi remetido à Justiça Federal para julgamento, considerando-se que o benefício em tela possui natureza previdenciária, em nada importando, para fixação da competência recursal, que o falecimento do segurado tenha ocorrido durante seu trabalho (v. acórdão de fls. 99/107).

O E. TRF da 3ª Região, para onde os autos foram encaminhados, suscitou conflito negativo de competência (fls. 111/112).

O C. STJ modificou seu entendimento, até então consolidado, sobre a

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

questão e admitiu que, tratando-se de revisão de pensão por morte decorrente de acidente do trabalho, cabe à Justiça Comum analisar o feito (fls. 117/121).

Diante disso, o processo foi devolvido a esta Corte para julgamento do apelo.

É o relatório.

A decisão não é nula.

Com efeito, embora a fundamentação da sentença tenha traçado um paralelo entre o caso da autora e o dos titulares de auxílio-acidente que pleiteiam a sua majoração, inclusive com transcrição de ementas sobre tal paradigma, é possível constatar que o *decisum* analisou concretamente o pedido inicial, de revisão da pensão por morte, não havendo falar em julgamento *extra petita.*

Isso fica claro a partir do relatório do caso *("SUELI SILVA RAMINELI move ação... pretendendo elevar de 50% para 100% do salário de contribuição da sua pensão por morte acidentária, obtida a partir de 12.03.1990, tudo sob o argumento de que a norma do artigo 86 da Lei 8.213/91, com a redação da Lei 9.032/95, é mais benéfica."* – fl. 57*) e da própria fundamentação do julgado ("Logo, aos benefícios previdenciários concedidos anteriormente a 1995, como é o caso daquele da autora, não se aplica a sobredita lei* [9.032/95]*, porque inexiste determinação expressa e inequívoca para tanto."* – fl. 60)

Assim, não há como acolher o pleito da apelante.

E nem mesmo quanto ao mérito a sentença mereceria reforma.

Isso porque o benefício revisando foi deferido em 12.03.1990 (fl. 10) e orientou-se rigorosamente pelo ordenamento jurídico existente no momento do acidente, nos termos e no patamar que hoje recebe, em outras palavras, em atenção ao princípio *tempus regit actum*.

O diploma em vigor quando da ocorrência do falecimento do segurado é o substrato legal para a concessão do benefício. Ele constitui a norma a qual o fato se subsumiu para que a autora fizesse jus à pensão por morte e no percentual por ele previsto. Sob sua égide constituiu-se a situação jurídica da apelada e perfez-se o ato jurídico atinente à concessão do benefício pela Administração.

Ainda que a percepção do benefício seja continuada, aplica-se a lei sob a égide da qual o direito foi constituído e nos moldes por ela previstos. O pagamento das prestações mensais é mera decorrência daquele direito. Assim sendo, a alegada incidência das Leis 9.032/95 e 9.528/97 caracteriza retroatividade, porque altera os efeitos do ato jurídico perfeito de concessão do benefício e, assim sendo, altera o próprio ato, modificando o direito constituído nos moldes do diploma anterior.

Cumpre esclarecer que não deve prosperar a pretendida retroatividade das referidas Leis em decorrência do caráter de norma de ordem pública, eis

Acesso ao Sumário

que também as normas desta natureza devem observar o preceito do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Nem se diga que o princípio da isonomia impõe a extensão do percentual de 100% a todos os beneficiários. Não há afronta à igualdade em aplicar-se a cada segurado a lei vigente ao tempo do fato gerador do seu benefício. Cada um dos fatos geradores constituiu-se sob a égide dos diplomas legais então em vigor, atendendo aos requisitos neles previstos. A majoração indiscriminada das pensões por morte concedidas anteriormente à entrada em vigor da Lei 9.032/95 implicaria desconsiderar cada caso concreto e subverter assim o princípio da isonomia.

Insta anotar que a própria Lei 9.032/95 não contém cláusula expressa de retroação, como ocorreu no artigo 145 da Lei nº 8.213/91, não podendo o Julgador vestir prerrogativa legislativa e ampliar os limites da lei. Daí porque não se pode considerar que, por ser mais benéfica, deve automaticamente retroagir para alcançar os benefícios em manutenção. Em vista da ausência de disposição nesse sentido, não vigora em matéria previdenciária a retroatividade benigna expressamente prevista na legislação penal. Incide o princípio *tempus regit actum*, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas.

A pretensão da parte autora também encontra óbice no princípio previsto no art. 195, § 5º, da CF, de que "*nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*". A Lei 9.032/95 estabeleceu novas fontes de custeio para a pensão por morte de 100%, porém abrange apenas aqueles benefícios concedidos a partir da sua vigência. Afinal, ela não dispõe sobre benefícios concedidos anteriormente. Daí a inegável conclusão de que o atendimento ao pedido trazido na inicial representa majoração de benefício não amparada pela correspondente fonte de custeio.

O quanto exposto a respeito do acatamento aos princípios constitucionais da preservação do ato jurídico perfeito e da observância da correspondente fonte de custeio para criação, majoração ou extensão de benefício (art. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da CF) deve ser considerado em relação ao princípio da suficiência dos benefícios e caráter contributivo da previdência social (art. 7º, IV, e 201, § 2º, da CF).

Justamente em razão do caráter contributivo é que deve ser observada a preexistência de fonte de custeio. Por outro lado, ainda que se considere o caráter alimentar do benefício e, por conseguinte, sua necessária suficiência para o atendimento das necessidades vitais básicas do segurado, não se pode negligenciar a necessidade de correspondência entre despesa e receita, indispensável para a preservação do equilíbrio financeiro e a manutenção do próprio sistema.

Acesso ao Sumário

Por todas essas razões, é improcedente o pedido de majoração da pensão por morte para 100%, com respaldo nas Leis 9.032/95 e 9.528/97, tendo o fato gerador do benefício ocorrido antes da entrada em vigor deste diploma.

Neste sentido (aplicação do princípio *tempus regit actum* e irretroatividade da lei apenas por ser mais benéfica), é pacífico o posicionamento desta Câmara:

ACIDENTE DO TRABALHO. BENEFÍCIO. REVISÃO DE AUXÍLIO ACIDENTE. INVIABILIDADE. PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. CONVERSÃO EM AUXÍLIO-ACIDENTE DE 50% DA LEI N° 9.032/95 - LEI MAIS BENÉFICA - IRRETROATIVIDADE. QUESTÃO DE MÉRITO. BENEFÍCIO CONCEDIDO SOB A ÉGIDE DA LEI VIGENTE NA ÉPOCA DO INFORTÚNIO QUE PREVIA OUTRO PERCENTUAL ESPECÍFICO - CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM* - INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DO AGRAVAMENTO DA LESÃO ORIGINÁRIA. RECURSO IMPROVIDO, PELO MÉRITO. (Ap. s/ Rev. 462.585.5/7-00 - 16ª Câmara de Direito Público - Rel. Valdecir José do Nascimento - J. 09/12/2008).

REVISÃO DE BENEFÍCIO - SEGURADO TITULAR DE AUXÍLIO-ACIDENTE DE 40% - PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO PARA AUXÍLIO-ACIDENTE DE 50% COM FUNDAMENTO EXCLUSIVO NA SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA - INADMISSIBILIDADE.

"Não se admite a pretendida substituição do auxílio-acidente de 40% para auxílio-acidente de 50%, com base na mera superveniência da Lei 9.032/95, seja porque o percentual concedido ao segurado o foi com base na legislação vigente à época do surgimento da incapacidade, seja porque se estaria desrespeitando a regra constitucional que dispõe sobre a necessidade da correspondente fonte de custeio para justificar tal alteração."

(Ap. s/ Rev. 833.747-5/6-00 - 16ª Câmara de Direito Público - Rel. Luiz de Lorenzi - J. 09/12/2008).

ACIDENTE DO TRABALHO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - AUXÍLIO- SUPLEMENTAR - PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 20% PARA 50%, APÓS A LEI 9.032/95 - INADMISSIBILIDADE BENEFÍCIO CONCEDIDO SOB A ÉGIDE DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DO INFORTÚNIO - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO "TEMPUS REGIT ACTUM".

Não se admite a majoração do benefício recebido pelo obreiro para 50%, pela mera vigência de norma que altera o percentual de auxílio-acidente (Lei nº 9 032/95), quer porque os 20%, que hoje percebe,

Acesso ao Sumário

foram concedidos com base na lei vigente à época do acidente quer porque ocorreria desrespeito à regra constitucional, pois não haveria a correspondente fonte de custeio para justificar tal alteração (art. 195, § 5º, CF).

(Ap. s/ Rev. 588.033-5/8-00- 16ª Câmara de Direito Público - Rel. Oswaldo Cecara - J. 02/12/2008).

Destacamos, outrossim, que esse é o entendimento jurisprudencial do Egrégio Supremo Tribunal Federal, reafirmado pelo Plenário, em 22.4.2009, após o reconhecimento da repercussão geral da matéria, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.389/S.P.:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu a questão de ordem proposta pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), no sentido de: **a)** que se reconheça a repercussão geral da questão constitucional aqui analisada, pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, com reflexos sobre uma multiplicidade de processos que ainda tramitam nas instâncias ordinárias e especial; **b) que seja reafirmada a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal; c) que seja provido o presente recurso extraordinário; d)** que sejam devolvidos aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Suprema Corte e os que aqui chegarem, versando sobre o tema em questão, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles que já estão a eles distribuídos (artigo 328, parágrafo único, do RISTF), com a ressalva do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, quanto à não-aplicação do regime da repercussão geral aos recursos protocolados em data anterior à regulamentação do referido instituto; e **e)** que os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização sejam autorizados à adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º do Código de Processo Civil, especificamente a retratação das decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou se pautarem pela jurisprudência desta Casa e forem contrastadas por recursos extraordinários. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falou pelo recorrente a Dra. Vanessa Mirna Barbosa Guedes do Rego. Plenário, 22.04.2009. (grifamos)

De todo o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004599-15.2009.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que é apelante ELIANA SIMIONI, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo da suplicante, com observação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16717)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO. RESTITUIÇÃO DO VALOR DO AUXÍLIO-DOENÇA. INADMISSIBILIDADE, NO CASO, DA CUMULAÇÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COM O AUXÍLIO-DOENÇA.

APLICAÇÃO DO ART. 124, I, DA LEI Nº 8.213/91 E ART. 167, INCISO I, DO DECRETO Nº 3.048/99.

ACIDENTE DO TRABALHO. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE DOIS BENEFÍCIOS (AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO). COMPENSAÇÃO OU DESCONTO/DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS PELA PARTE SEGURADA. VIABILIDADE. NUMERÁRIO PÚBLICO-INDISPONÍVEL-LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. ALIMENTOS COM ALIMENTOS SE COMPENSAM - ART. 115, II, DA LEI Nº 8.213/91 C/C ART 100, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA, COM OBSERVAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de restituição de benefício acidentário movida contra o INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, aduzindo a segurada, de modo sintético, ter recebido auxílio-doença acidentário no período de 26/04/2000 a 4/07/2001 quando já recebia aposentadoria por tempo de contribuição; entretanto, a Previdência Social, equivocadamente, descontou do montante pago a título de revisão de sua aposentadoria por tempo de contribuição, o montante percebido a título de auxílio-doença, motivo pelo qual postulou a restituição do importe de R$ 16.996,03 e danos morais.

De início, os autos foram distribuídos à 1ª Vara Federal da Comarca de São João da Boa Vista, a qual reconheceu sua incompetência absoluta e determinou à remessa dos autos à Justiça Estadual da Comarca de Aguaí-SP – fl. 27.

Os autos foram distribuídos ao Juízo da Vara Única de Aguaí-SP.

A autarquia foi regularmente citada e apresentou contestação, pugnando pela improcedência da demanda; realizou-se a perícia médica.

Sobreveio a r. sentença de primeiro grau prolatada pelo nobre Juiz Paulo Rogério Malvezzi, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente a contenda, na forma preconizada a fls. 77/79.

Apelou a requerente sustentando, de forma concisa, ser beneficiária da aposentadoria por tempo de contribuição desde 29 de junho de 1998; entretanto, sofreu acidente do trabalho em agosto de 1999 e, por consequência, foi concedido auxílio-doença acidentário no período de 26/04/2000 a 4/07/2001; ressaltou, ainda, ter sido indevidamente descontado da aposentadoria o importe de R$ 16.996,03 a título de auxílio-doença acidentário; pugnou, por seu turno, pela devolução do montante, por meio de tutela antecipada, bem como a indenização por dano moral e demais consectários legais; por fim, requereu o provimento do recurso.

Recurso tempestivo, devidamente recebido, processado e sem contrarrazões.

Os autos foram remetidos ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª região que declinou de sua competência para processar e julgar os presentes autos e determinou sua remessa a esse C. Tribunal.

É o relatório.

Em que pesem as ponderações expendidas pela autora, o seu recurso não merece acolhida, pois, no caso em testilha, a segurada recebeu auxílio-doença acidentário no período de 26/04/2000 a 4/07/2001 quando já recebia aposentadoria por tempo de contribuição desde 29 de junho de 1998; assim, o montante recebido a título de auxílio-doença foi corretamente descontado da

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

aposentadoria por tempo de contribuição, não podendo, assim, esse valor ser restituído.

Ora, a propósito do tema, convém recordar que diante da vedação expressa prevista no art. 124, inciso I, da Lei nº 8.213/91, e no art. 167, inciso I, do Decreto nº 3.048/99, o benefício reclamado (auxílio-doença) não poderia ser cumulado com a aposentadoria por tempo de contribuição, *in verbis*:

"Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, ***não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios*** *da Previdência Social:*

I- aposentadoria e auxílio-doença," (negritei)

"Art. 167. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social, inclusive quando decorrente de acidente do trabalho:

I- aposentadoria com auxílio-doença;".

Assevere-se, no particular, inexistir por parte da segurada qualquer direito à restituição dos valores descontados a título de auxílio-doença da aposentadoria por tempo de contribuição; porquanto, da leitura dos artigos supra, depreende-se que tanto a Lei nº 8.213/91 como o Decreto nº 3.048/99 não previram a cumulação da aposentadoria com o auxílio-doença.

Diante desse quadro, infere-se, com tranquilidade, não ser possível a cumulação do auxílio-doença com a aposentadoria da obreira, pois, repise-se, **a própria norma estabeleceu a inacumulatividade dos benefícios**; portanto, não há como se afastar tal proibição de cumulação de benefícios.

De outra parte, acerca da **viabilidade da compensação/descontos/devolução**, não pode ser esquecido, de início, **que a boa-fé ou não da parte segurada é inócua no caso, pois se trata de tema meramente processual**; ademais, **a boa-fé só teria alguma repercussão se ela tivesse despendido dinheiro próprio e** não apenas percebido, indevidamente, numerário público.

Assim, no caso, ocorreu, apenas, um **locupletamento ilícito, com dinheiro público, portanto, indisponível**, o que é inconcebível, devendo haver a respectiva compensação/desconto/devolução, independentemente do fato da parte autora não ter melhor condição econômica, sob pena de ofensa ao estatuído no art. 115, II, da Lei n. 8213/91.

Recorde-se, por oportuno, que nos termos da lei, **a boa-fé ou má-fé da segurada somente terá repercussão na forma de devolução dos valores indevidamente percebidos por ela, pois se ocorreu boa-fé a devolução deverá ser parcelada**, limitada, assim, a 30% do valor do crédito que a segurada detém perante o INSS; **todavia, se houve má-fé, a devolução será integral**, ou seja, de uma só vez.

Não se nega, entretanto, que os benefícios acidentários/previdenciários

Acesso ao Sumário

tenham um caráter alimentar; **recorde-se, porém, que todos eles possuem o mesmo caráter alimentar**; assim, o auxílio-doença não é diferente do auxílio-acidente ou da aposentadoria e vice-versa.

Destarte, possuindo os benefícios o mesmo caráter alimentar, **não há como se negar a viabilidade de compensação/descontos/devolução entre eles**, conforme a lição da doutrina, da lavra do nobre professor e desembargador **Yussef Said Cahali, na sua consagrada obra "Dos Alimentos", 5ª edição, Ed. RT, págs. 88/89**, textualmente:

> "Para Aubry e Rau, as prestações devidas podem ser compensadas com pagamentos feitos a mais em virtude de sentença que ao depois foi reformada em instância recursal.
>
> **Parece-nos que o princípio da não-compensação da dívida alimentar deve ser aplicado ponderadamente, para que dele não resulte eventual enriquecimento sem causa por parte do beneficiário.**
>
> E assim vem sendo reconhecido pela jurisprudência**: [Embora irrepetível a pensão paga,] nada impede que os valore pagos a mais sejam computados nas prestações vincendas, operando-se a compensação dos créditos** (...). **Assim, torna-se viável a compensação de dívidas originadas de alimentos, quando ambas tenham a mesma causa** (Caio Mário, *Instituições*, II, n.163, p. 208). Aliás, a **hipótese não é, a rigor, de compensação, mas de adiantamento a ser considerado nas prestações futuras** (RT 616/147).
>
> ....
>
> Do mesmo modo **a compensação dos alimentos provisionais excedentes ao arbitramento da pensão definitiva** tem sido tolerada pela jurisprudência, o que demonstra o acerto da ressalva feita por Aubry e Rau, antes mencionada (nota 152)." Sem grifos no original.

No mesmo sentido, sempre oportuna a lição de **Iara de Toledo Fernandes, em sua obra clássica Alimentos Provisionais, Editora Saraiva, 1994, pág. 237**, *in verbis:*

> "... **a magnitude da função jurisdicional não pode ficar ofuscada**, desprestigiada em nome do **tabu da irrepetibilidade**, que, num rigor jurídico não encontra sustentação, faltante, até mesmo, norma definidora da não restituição de valores alimentares pagos indevidamente. **A impossibilidade fática da responsabilidade pelo prejuízo, porque, em regra, o solicitador dos alimentos não possui condições financeiras**, por ser da essência da prestação a própria sobrevivência, **não retira a construção jurídica da permissibilidade da responsabilização pelo alimentando dos prejuízos ocasionados com a execução da medida**, no âmbito dos arts. 16 e 811 do Código de Processo Civil, **dada a sua natureza privado-patrimonial e a grandiosidade da função jurisdicional.** Pensamento em contrário poderá **ensejar ações temerárias**, conquanto possa emanar excesso de proteção à pessoa

Acesso ao Sumário

tida na ação como necessitada.” (Grifei)

A irrepetibilidade está ligada à ação e não ao direito material. Não existe direito de receber o que não é devido.

Ademais, essa é a regra estabelecida no Código Civil, art. 876:

“Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir (...)”.

Nesse sentido, inclusive, tem sido o pronunciamento do E. STJ, em **Recurso Repetitivo**, consoante voto proferido pelo I. Ministro Mauro Campbell Marques, **em 27/06/2013**, quando consignou: “...**Caso os descontos não sejam possíveis, pode-se ajuizar ação de cobrança por enriquecimento ilícito, assegurando o contraditório e a ampla defesa do acusado, com posterior execução**...”.

Ressalto, também, acerca da matéria, que em se tratando de recebimento indevido de dinheiro público, de cunho indisponível, **a compensação/desconto/devolução passa, inclusive, a ter garantia constitucional** – cabendo ao E. STF a última palavra sobre a matéria –, nos termos do contido na Emenda Constitucional 62/2009, art. 1º, que deu nova redação ao art. 100, § 9º (acrescentado), da Constituição Federal, textualmente:

“No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação deles **deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora**, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aquelas cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.” (Sem grifos no original).

Em suma, diante das lições expendidas, não há como deixar de se determinar a respectiva compensação/desconto/devolução dos valores indevidamente percebidos pela parte autora, **sob pena de locupletamento ilícito, bem como ofensa a própria Constituição Federal** e ao contido no **art. 115, II, da Lei n. 8213/91.**

Observo, ainda, que os pedidos de tutela antecipada e de dano moral formulados pela obreira ficaram prejudicados com a manutenção da improcedência da ação.

Note-se, por fim, que embora o Juízo singular tenha condenado a autora nos ônus decorrentes da sucumbência, acabou isentando-a deles, em face da gratuidade da justiça, agindo, portanto, de modo adequado, pois afinal, no caso em testilha, não pode ser esquecido que a segurada está isenta dos ônus decorrentes da sucumbência, em face da legislação em vigor - art. 129, da Lei de Benefícios e Súmula 110 do E. STJ, que não se confunde com a simples assistência judiciária, sem que se vislumbre, no particular, qualquer vício de caráter constitucional.

Acesso ao Sumário

Acerca da questão debatida, segue, inclusive, o ensinamento do extinto C. Segundo Tribunal de Alçada Civil, *in verbis*:

> ACIDENTE DO TRABALHO - SUCUMBÊNCIA - ISENÇÃO - OBREIRO VENCIDO - ADMISSIBILIDADE
>
> Em ação acidentária, está o autor isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas a sucumbência, conforme o parágrafo único do artigo 129, da Lei n° 8213/91.
>
> Ap. s/ Rev. 720.439-00/0 - 2ª Câm. - Rel. Juiz MARCONDES D'ANGELO - J. 30.6.2003
>
> SOBRE O TEMA FONTE: Ap. s/ Rev. 618.034-00/6 - 10ª Câm. - Rel. Juíza ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - J. 30.7.2001, com a seguinte referência: Artigo 129 da Lei 8213/91 FONTE: Ap. s/ Rev. 758.367-00/4 - 2ª Câm. - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 2.12.2002, com as seguintes referências: Ap. s/ Rev. 537.667-00/3 - 10ª Câm. - Rel. Juiz ADAIL MOREIRA - J. 28.1.99 Ap. s/ Rev. 497.891-00/1 - 3ª Câm. - Rel. Juiz ACLIBES BURGARELLI - J. 2.12.97 FONTE: Ap. s/ Rev. 706.999-00/9 - 11ª Câm. - Rel. Juiz EGIDIO GIACOIA - J. 29.9.2003, com a seguinte referência: Súmula 110 do Superior Tribunal de Justiça
>
> ANOTAÇÃO No mesmo sentido: Ap. s/ Rev. 706.999-00/9 - 11ª Câm. - Rel. Juiz EGIDIO GIACOIA - J. 29.9.2003

Ressalte-se, por oportuno, que o art. 129 da Lei n° 8.213/91 não restringe a isenção aos obreiros beneficiários da Assistência Judiciária Gratuita, ao contrário, estabelece que os litígios referentes a acidentes do trabalho, apreciados na esfera judicial, estão isentos do pagamento de quaisquer custas e verbas sucumbenciais.

Destarte, diante dos termos da legislação pertinente que, na realidade, equipara a obreira à beneficiária da gratuidade, fica, assim, a segurada, independentemente da sua condição financeira, isenta do resgate das custas e despesas processuais, bem como da própria sucumbência.

Aliás, a proteção da segurada é tanta, que a própria Lei de Custas – Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2.003 – reconhecendo a necessidade prévia da obreira de ter acesso ilimitado ao Poder Judiciário, estabelece em seu art. 7º, II, a não incidência de custas nas ações de acidentes do trabalho.

Tal dispositivo encontra eco na própria Constituição Federal que coloca a previdência social como um direito social de todo cidadão – art. 6º –, e a seguridade social como uma obrigação do Poder Público – art. 194, parágrafo único –, de modo que, renove-se, a obreira, independentemente, de ser beneficiária ou não da Justiça Gratuita, encontra-se isenta dos ônus da sucumbência.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo da suplicante, com observação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045290-93.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RUBENS BRASSAROTO, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.177)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente sem voto), LUIZ DE LORENZI e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA Relator

Ementa: Acidente do trabalho – Trabalhador autônomo – Amparo Infortunístico – Inadmissibilidade. O trabalhador autônomo não faz jus ao benefício de caráter acidentário, ante a restrição contida no § 1º, do artigo 18, e incisos I, VI e VII, do artigo 11, da Lei 8.213/91.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO.

Recurso do autor contra a r. sentença (fls. 82/verso) que, ante a sua inépcia, indeferiu a inicial, ao argumento de que se trata de pedido juridicamente impossível, vez que formulado por trabalhador autônomo, não contemplado no rol de segurados com direito à percepção de benefício de natureza acidentária.

Inconformado com o desfecho da demanda, o apelante sustenta que foram preenchidos os requisitos à concessão do auxílio-acidente e da aposentadoria por invalidez, tendo em vista possuir doença incapacitante e de natureza acidentária, ou seja, que decorre da função profissional exercida. Prossegue, enfatizando que houve o recolhimento das contribuições previdenciárias, como autônomo, havendo então a possibilidade do recebimento do benefício acidentário, o qual entende que não pode ficar restrito a empregados. Nessa linha, aduz que, para

Acesso ao Sumário

efeito de cobertura acidentária, pode a doença ser típica ou atípica, de modo que a sentença apresentou erro material e distinção entre contribuintes. Menciona as dificuldades de subsistência. Ao final, requer a nulidade do julgado e o retorno dos autos à origem para a realização de perícia, bem como a concessão do auxílio-acidente (fls. 84/88).

Sem contrarrazões (certidão de fl. 93).

Por força de atos normativos, as lides acidentárias não mais são remetidas ao Ministério Público para o oferecimento de parecer.

FUNDAMENTOS.

Inicialmente, afasto a arguição de nulidade da r. sentença.

O fato de o órgão jurisdicional ter lançado entendimento de que ao trabalhador autônomo é impossível pleitear benefícios de natureza acidentária, não se mostra argumento suficiente a ensejar qualquer alegação de nulidade da r. decisão de primeiro grau.

Na verdade, é dever do magistrado analisar, de ofício, todas as questões processuais preliminares que possam impedi-lo de adentrar na análise de mérito.

E, no caso em comento, a d. magistrada se posicionou no sentido de que o pedido formulado por trabalhador autônomo não encontra amparo na legislação, sendo, então, juridicamente impossível.

Logo, não há que se falar em nulidade da r. sentença.

Feita essa consideração, prossigo.

O autor ajuizou a presente demanda de acidente do trabalho contra do INSS, alegando que, em razão de sua vida profissional, sempre exercendo a função de motorista, adquiriu doenças incapacitantes na coluna.

Recebeu auxílio-doença, mas, mesmo após tratamento, não obteve melhora do seu quadro clínico, não havendo condições de retorno à atividade profissional dentro da empresa.

Veio em busca da concessão de benefício de caráter acidentário, destacando haver nexo causal entre o mal incapacitante que lhe acometeu e a atividade profissional exercida.

Conforme se observa, às fls. 50/51, o d. magistrado a quo determinou que o autor apresentasse cópia integral da CTPS, inclusive do registro de contrato de trabalho com a empresa nominada no pedido inicial.

Foi então anexa aos autos cópia do referido documento, às fls. 61/64, no qual constam registros de contratos de trabalho, mas somente até o ano de 1979, na função de balconista.

Ausente qualquer registro de vínculo empregatício na função de motorista, cujo exercício, conforme alegou o próprio obreiro, teria provocado os males incapacitantes reclamados.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

Requisitadas novamente os dados da atual empregadora (fl. 69), nesta oportunidade o autor esclareceu a ausência de vínculo empregatício, após o ano de 1979, a partir de quando passou a exercer atividade de motorista na qualidade de trabalhador autônomo:

"...o requerente não possui o endereço da empresa para haver á citação, em razão do mesmo laborar como autônomo, portanto não tinha trabalho fixo para ser desempenhado, como verificamos em sua carteira de trabalho seus últimos registros como empregado foi em 1979, após está data o mesmo começou a desempenhar atividade remunerada como autônomo, recolhendo aos cofres públicos, portanto não há como determinar um lugar fixo de trabalho em razão da sua função profissão..." (fls. 76)

Em seguida o ente público se manifestou (fl. 81/verso), sobrevindo a r. sentença recorrida, que indeferiu a inicial, extinguindo o feito sem apreciação de mérito.

Compartilho com o desfecho dado pela magistrada sentenciante, sendo a hipótese de extinção do feito sem apreciação do mérito.

O autor, como motorista autônomo, vinculado à Previdência Social, ostenta a qualidade de contribuinte individual, nos termos do art. 11, V da Lei nº 8.213/91, carecendo de amparo infortunístico, consoante norma que rege a matéria.

Dessa forma, não é possível estabelecer a necessário liame etiológico, especialmente diante do conceito de 'acidente do trabalho', *ex vi*, do disposto no art. 19, da Lei n. 8.213/91:

"Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre ***pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei****, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho."*

Somente os trabalhadores que prestam serviços para empresa ou aqueles previstos no inc. VII do art. 11, da Lei nº 8.213/91, podem ser acobertados pelos benefícios de caráter acidentário.

Acerca do tema, conforme já esclarecido, em outros julgados:

"Com efeito, conquanto desfrutem da condição de segurados todos elencados no artigo 11 da Lei nº 8.213/91, dentre eles empregados, o empregado doméstico, o empresário, o trabalhador autônomo e equiparado, o trabalhador avulso e os ditos segurados especiais, somente os que prestam serviço a empresa, vale dizer, empregado em sentido estrito, e o segurado especial podem ser vítimas de acidente do trabalho, fazendo jus a benefício acidentário, conforme estabelece o art. 19, "caput", do mesmo diploma.

Aos segurados outros, que venham a experimentar um infortúnio, não se

Acesso ao Sumário

confere direito a indenização com amparo nessa Lei Acidentária...” (AP s Rev 499724-00/8 – extinto 2ºTAC/SP – Rel. Des. Vieira de Moraes – 06.04.1998).

Vale ainda colacionar os esclarecimentos trazidos pelo ilustre magistrado Antonio Tadeu Ottoni, no julgamento da apelação nº 0039000-28.2012.8.26.0053 (TJ/SP - 16ª Câmara de Dir Público – j. 16.12.2014): *É importante lembrar que essa exclusão decorre do fato de os contribuintes individuais não pagarem a contribuição supletiva para o financiamento do seguro de acidente do trabalho (art. 22, II, da Lei nº 8.212/91), sendo sua contribuição singela regulada pelo art. 21 da mesma norma.*

Assim, muito embora o autor possa eventualmente estar acometido de moléstias incapacitantes, tratando-se de trabalhador autônomo, de rigor a manutenção da decisão recorrida que afastou a possibilidade do amparo infortunístico, ante a limitação contida no § 1º, do artigo 18, e incisos I, VI e VII, do artigo 11, da Lei 8.213/91.

Realmente, no âmbito da Justiça Estadual, competente para conhecer e julgar pedidos de benefícios acidentários, o autor é carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Nada impede, porém, que, na Justiça Federal, busque o que entender de direito, valendo lembrar que o contribuinte individual, na hipótese de preenchimento dos requisitos legais, faz jus aos benefícios previdenciários correspondentes (auxílio-doença ou aposentadoria previdenciária).

POSTO ISTO, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a extinção do processo sem julgamento de mérito, com base no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, respeitando a isenção do segurado, quanto aos encargos de sucumbência, nos termos do art. 129, da Lei nº 8.213/91.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001368-44.2010.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes ARETUSA GOMES PARANHOS (INCAPAZ) e ANA MARIA PARANHOS (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAI.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.117)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

EDUARDO PACHI (Presidente), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 11 de março de 2015.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – Pretensão à indenização em razão de indevida autuação de infração de trânsito por agente da Municipalidade – Petição informando o falecimento da autora protocolada dez meses antes da prolação da sentença, mas que foi juntada aos autos em momento posterior – Situação que ensejaria a habilitação de herdeiros – Representante legal da filha falecida que não tem interesse na habilitação – Caracterizada a falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo – Extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, como medida de rigor.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Manutenção da condenação ao ônus da sucumbência – Condenação que deve recair sobre quem deu causa à extinção do processo sem resolução do mérito ou a quem seria perdedora se houvesse de se julgar o mérito da causa, com observação.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela Autora contra a r. sentença de fls. 94/107, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente o pedido, condenando-a ao pagamento de custas e despesas processuais eventualmente devidas, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, montante a ser corrigido monetariamente pelos índices oficiais (Lei nº 6.899/81), desde a data do ajuizamento da demanda até o efetivo pagamento, observada a condição de beneficiária da justiça gratuita.

Acesso ao Sumário

Esclarece ter informado que a autora faleceu em 27.09.2011, conforme petição protocolada no dia 24.10.2011, mas juntada aos autos em data posterior a da sentença prolatada. Entende faltar legitimidade ativa, sendo que com a morte da demandante e a não habilitação dos sucessores não há possibilidade

de manter e dar continuidade à prestação jurisdicional. Alega que o interesse da Municipalidade está somente na cobrança de honorários advocatícios de quem é beneficiária da justiça gratuita (fls. 180/185).

Sem contrarrazões, conforme certidão a fls. 189.

Processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

Cuida-se de ação de ressarcimento por danos material e moral, proposta em razão de autuação de trânsito praticada por agente da Municipalidade de Jundiaí, ante o estacionamento irregular de veículo em vaga para portador de necessidades especiais.

Julgada improcedente a demanda (fls. 94/107), sobreveio informação acerca do falecimento da autora (fls. 111/112), o que culminou na prolação de nova sentença de extinção do processo nos termos do art. 267, IX, do CPC (fls. 113).

A segunda sentença foi anulada por esta Colenda 9ª Câmara de Direito Público, conforme V. Acórdão a fls. 171/175.

Remetidos os autos ao Juízo de 1º Grau, seguiu-se com a interposição de apelação por parte da autora em face da primeira sentença (fls. 180/185), que é objeto de análise nesta Instância Recursal.

Respeitados os fundamentos apresentados no apelo, ao menos os honorários advocatícios devem ser mantidos, embora sejam infrutíferos diante do falecimento da autora e a ausência de habilitação.

Importante observar, primeiramente, que o recurso em questão não ataca os fundamentos contidos na r. sentença.

Não há dúvidas de que a petição informando o falecimento da requerente (fls. 111) foi protocolada dez meses antes da confecção da sentença, mas que foi juntada aos autos em momento posterior.

Em casos que tais, a solução seria a anulação de todos os atos processuais produzidos após a morte da autora, tendo em vista a necessidade de se oportunizar a habilitação de herdeiros (art. 1.055 e seguintes do CPC), posto que o objeto jurídico pretendido tem caráter de transmissibilidade.

Nesse sentido:

"NULIDADE - Falecimento do corréu no curso do processo - Comunicação do fato ao juízo "a quo" somente após a prolação da sentença - Nulidade dos atos praticados após a morte da parte - Suspensão do feito reconhecida - Efeitos "ex tunc" - Necessidade de regularizar a representação com a habilitação dos sucessores - Sentença anulada - RECURSO PROVIDO." (AC nº 0019412-49.2008.8.26.0320, Relator Elcio Trujillo, 10ª Câmara de Direito Privado, J. 27/08/2013).

Acesso ao Sumário

"NULIDADE - Ação declaratória de ausência - Falecimento do autor no curso da ação - Comunicação do óbito - Prolação de sentença de extinção - Suspensão automática do processo a partir do falecimento do autor - Nulidade de todos os atos praticados após o falecimento - Necessidade de intimação pessoal dos herdeiros para regular habilitação - RECURSO PROVIDO." (AC nº 0042319-57.2012.8.26.0100, Relator Alexandre Marcondes, 3ª Câmara de Direito Privado, J. 09/09/20140.

Contudo, da leitura das razões de apelo depreende-se que a representante legal da autora não tem interesse na habilitação, o que corrobora com a manifestação anteriormente lançada a fls. 111, quando requereu a extinção do feito com espeque no art. 267, IX, do CPC. Dispensa- se, por isto, a suspensão do processo para eventual regularização processual.

Considerando-se que a morte da autora se deu antes da prolação da primeira sentença, bem como a falta de habilitação de seus herdeiros, impõe-se a extinção do processo sem apreciação do mérito, por causa superveniente. Caracterizada a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Nessa linha de entendimento:

"...Tendo em vista a notícia do óbito trazido pelo então patrono do autor e, a frustração das medidas que buscavam garantir a substituição processual, inviável o exame do mérito da presente ação.

Isto porque a representação processual é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, de modo que a ausência de sua regularização, em relação ao autor, enseja a extinção do feito, sem resolução de mérito.

Neste sentido, elucidativo trecho da decisão proferida nos autos do REsp 899.444/RO:

"(...) ***Com a morte da parte, o processo se suspende (Código de Processo Civil 265), para que seja feita a sucessão processual****. A lei fala incorretamente em substituição (Código de Processo Civil 43). Em se tratando de ação intransmissível, o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento do mérito (Código de Processo Civil 267 IX); caso contrário, deverá ser providenciada a habilitação do espólio ou sucessores (Código de Processo Civil 1055). Pressuposto processual.* ***A representação das partes em juízo é pressuposto processual de validade (CPC 267 IV), de sorte que o juiz deve examiná-la de ofício, procedendo da forma determinada pelo CPC 13. Não sanada a incapacidade processual da parte ou sua representação irregular, o juiz deverá extinguir o processo se debitada ao autor (CPC 267 IV) ou declarar revel o réu, se a este cabia regularizá-la (CPC 13).*** *Deve ser examinada pelo juiz ou tribunal*

Acesso ao Sumário

de ofício ou a qualquer tempo e grau de jurisdição, não sendo suscetível de preclusão (CPC 267 VI e § 3º, 301 VIII e § 4º). (...) Assim, v.g., à falta de habilitação dos herdeiros ou a integração do liquidante, tratando-se da parte autora, extingue-se o processo sem julgamento do mérito. (...) Com base nessas considerações, diante do falecimento do demandante/recorrido, EXTINGO O PROCESSO, sem resolução de mérito, com base no art. 267, inc. IV, do CPC." (Ministro Og Fernandes, grifo nosso)..." (AC nº 9095581-11.2008.8.26.0000, Relator Moreira Viegas, 5ª Câmara de Direito Privado, J. 28.08.2013).

De rigor a extinção do processo, nos moldes do art. 267, IV, do CPC, contudo, assegurando-se à ré o direito ao recebimento da verba honorária, por força do princípio da causalidade.

Verifica-se da análise do disposto no artigo 20, *caput*, do Código de Processo Civil que:

"Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria."

No entendimento de VICENTE GRECO FILHO, "*os honorários de advogado têm natureza indenizatória e são aditados à condenação ou, não havendo condenação, constituem condenação própria e autônoma*" (Direito Processual Civil Brasileiro, 20ª Edição, pág. 119).

Segundo a lição de YUSSEF SAID CAHALI, "*sucumbente é o vencido na luta judicial" (...) "Pode, assim, sucumbir não só o contumaz, como também, aquele que, comparecendo a juízo, em lugar de contestar, se entrega (reconhece o pedido), como se costuma dizer" (...) "O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor. O que é necessário, em todo o caso, é que a lide "fosse evitable" da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem qualquer consideração à culpa). E esta evitabilidade poderá consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, seja em não ingressar na demanda mesma*." (Honorários Advocatícios, 3ª edição, pags. 37 e 39, Ed. RT).

Neste sentido, a lição do Superior Tribunal de Justiça:

"a questão dos honorários continua vinculada à idéia de causalidade: <u>'as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou a que seria perdedora se o magistrado chegasse a julgar o mérito da</u>

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

causa' (STJ 2ª T., REsp 188.743, rel. Min. Peçanha Martins, j. 15.08.02, não conheceram, v.u., DJU 7.10.02, p. 209). No caso, considerou-se 'impossível imputar à parte autora os ônus da sucumbência se quando do ajuizamento da demanda existia o legítimo interesse de agir, era fundada a pretensão, e a extinção do processo sem julgamento do mérito se deu por motivo superveniente que não lhe possa ser atribuído.' Ainda em razão do princípio da causalidade, 'a parte que não paga o tributo, dando ensejo à execução, não se exime de pagar honorários advocatícios, mesmo que o processo seja extinto por superveniente parcelamento do débito' (Grifei. STJ-1ª Turma, REsp 664.475, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 3.5.05, deram provimento, v. u., DJU 16.5.05, p.253).

"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – EXTINÇÃO DO FEITO – FATO SUPERVENIENTE – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – HONORÁRIOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – 1. Os honorários advocatícios são devidos nos casos de extinção do feito, sem Resolução do mérito, em razão da superveniente perda de objeto, à luz do princípio da causalidade. Precedentes jurisprudenciais do stj: RESP 812193/MG, desta relatoria, DJ de 28.08.2006; RESP 654909/PR, relator ministro Teori Zavascki, DJ de 27.03.2006; RESP 424220/RJ, relator ministro João Otávio de Noronha, DJ de 18.08.2006 e RESP 614254/RS, relator ministro José delgado, DJ de 13.09.2004. 2. Extinto o procedimento, sem Resolução do mérito, por falta de interesse de agir superveniente, o juiz deve pesquisar a responsabilidade pela demanda, bem como pelo seu esvaziamento, no afã de imputar os honorários. 3. In casu, a superveniente perda de objeto do processo e, consectariamente, a sua extinção, sem Resolução do mérito, decorreu de ato praticado pela ré, consubstanciado na publicação das resoluções nº 302 e 303 de 08.11.2002, que revogaram a Resolução nº 210/99, impugnada pela ação ab origine. 4. Recurso Especial desprovido." (STJ – RESP 200501088691 – (764519 RS) 1ª Turma – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 23.11.2006 – p. 223).

Extrai-se dos precedentes jurisprudenciais que não haveria como a autora (espólio) deixar de ser condenada aos encargos de sucumbência.

Além disso, deve-se observar que a extinção do processo, nos moldes do art. 267, IV, CPC, se deu por ato da representante legal da autora que não quis ser habilitada no feito.

Dessa forma, mantém-se o ônus da sucumbência, e nos parâmetros fixados na r. sentença (fls. 94/107).

Não há mais que se falar na concessão dos benefícios da assistência judiciária à autora, em virtude de seu falecimento, que não se transmite automaticamente aos herdeiros (art. 10, da Lei nº 1.060/50), até porque, não se

Acesso ao Sumário

habilitaram nos autos.

E, ante a peculiaridade do caso (ausência de autor e de herdeiros habilitados), caberá à Municipalidade de Jundiaí a cobrança de verbas sucumbenciais em via judicial própria, ressalvando-se que a responsabilidade dos sucessores está limitada ao quanto herdado (art. 1.792, CC).

Por todo o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Mantida a condenação ao ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000836-49.2014.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante ISMAEL BARBOSA DOS SANTOS FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.914)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 18 de março de 2015.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRISÃO ILEGAL – INEXISTÊNCIA – CONDUTA DANOSA DE AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).

2. Indenização subordinada à demonstração da ação

Acesso ao Sumário

ou omissão do Estado, do dano e do nexo causal entre este e o fato lesivo. Autor detido por policiais militares durante manifestação popular e conduzido a Delegacia de Polícia por recusar a apresentação de documento de identidade e portar artefatos explosivos. Ausência de prova de abuso ou ilegalidade na conduta dos agentes estatais. Dever de indenizar inexistente. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 55/59, cujo relatório se adota, julgou improcedente pedido de condenação no pagamento de indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito.

Inconformado apela o vencido arguindo nulidade da sentença por cerceamento da atividade probatória. No mérito, sustenta, em síntese, fazer jus à indenização por danos morais decorrentes de humilhação sofrida diante do comportamento adotado por policiais militares, que efetuaram sua prisão sem motivo. Alega que jamais se recusou a apresentar documento de identidade e que sua prisão se deu na verdade para impedir pacífica manifestação popular que aconteceria no dia do fato. Acrescenta que foi colocado à força na viatura e conduzido à Delegacia de Polícia e que há evidente excesso na ação policial.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Inicialmente afasta-se a arguição de nulidade da sentença, pois sendo a questão de mérito de direito e de fato, e desnecessária a produção de prova oral, mostra-se cabível o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC).

Frise-se, por outro lado, que foi concedida a oportunidade de manifestação sobre a contestação de fls. 38/46, sendo ofertada réplica na qual o apelante se limita a afirmar que não houve impugnação à documentação acostada à petição inicial e a postular a total procedência da ação, sem formular pedido de produção de outras provas.

Acesso ao Sumário

No mérito, em que pese o inconformismo do apelante, merece confirmação a r. sentença apelada cujos fundamentos são ratificados, nos termos do art. 252 RITJESP.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º, CF, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim,

tratando-se de comportamento danoso comissivo, para obter a indenização basta que a vítima demonstre a ação do Estado, o dano e o nexo causal entre este e aquela.

No caso vertente, narra o apelante que foi indevidamente detido por policiais militares quando caminhava pacificamente com seus filhos menores de idade e sua esposa pelo local dos fatos e que a prisão se deu na verdade para impedir a manifestação popular que ocorreria naquele dia, já que é líder partidário e figura conhecida na cidade. Afirma também que não se recusou a apresentar documento de identidade quando solicitado pelos milicianos e que foi arbitrariamente algemado e conduzido à Delegacia de Polícia, o que lhe causou extremo constrangimento e humilhação.

Segundo consta do boletim de ocorrência copiado aos autos, no dia 24 de setembro de 2013, o apelante foi conduzido por policiais militares até o distrito policial após ter se recusado a apresentar-lhes documento de identidade, bem como terem sido encontradas, durante revista no veículo do recorrente, cinco caixas de bombinhas, que foram apreendidas (fls. 17/18).

Consta dos autos, outrossim, que naquele dia ocorreria uma manifestação popular no bairro em que reside o apelante e que as manifestações vinham ocorrendo havia dois dias, ocasiões em que pneus foram incendiados, impedindo o trânsito de veículos. Diante de tais fatos, foram acionados policiais militares de outros municípios para, em colaboração, manterem a ordem pública e protegerem cidadãos que não participavam dos atos.

É dos autos ainda que, após ser formalmente identificado na Delegacia de Polícia, o apelante foi liberado e retornou à manifestação, não permanecendo preso. Tal afirmação, lançada em contestação, não foi contrariada pelo recorrente.

Diante desse quadro, não há se falar em abuso ou ilegalidade a ser reconhecida na conduta dos agentes estatais, que agiram dentro dos limites de suas funções, no estrito cumprimento do dever legal de proteger os cidadãos, ao se depararem com manifestante que se recusou a apresentar documento de identidade e que trazia artefatos explosivos no interior de seu veículo, em quantidade considerável e em condições que justificavam plenamente a intervenção dos policiais.

Frise-se, outrossim, que é livre o direito de manifestação pacífica do pensamento, sendo vedado o anonimato e o uso de armas em locais abertos ao público, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (CF, art. 5º, IV e XVI).

O exercício de tal direito, todavia, está condicionado ao cumprimento de determinadas condições e não admite o uso de violência e a incitação da população local contra a ação policial. Aliás, como bem observado na r. sentença atacada, a mídia juntada aos autos pelo próprio apelante (fls.19) “comprova de maneira

Acesso ao Sumário

clara que o requerente se recusava entrar na viatura de modo pacífico, resistindo à ordem dos policiais, bem como também não comprova que o requerente apresentou os documentos de identidade para os policiais. (...) Acrescente-se, ainda, que o requerente chegou a incitar a população local contra a conduta legal dos policiais, valendo também destacar que as imagens comprovam que em nenhum momento o autor foi 'enforcado', mas apenas conduzido para a viatura, até porque o 'enforcamento' propriamente não permitiria que o autor gritasse, incitasse a população e ficasse consciente" (fls. 57/58).

Em suma, diante desse cenário mostra-se inadmissível o reconhecimento da existência de comportamento danoso de agentes do Estado a gerar o dever de indenizar.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso confirmando-se a r. sentença apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000023-71.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ACSA ALZIRA FAVERIN, é apelado/apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da ré e julgaram prejudicado o da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.102)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 24 de março de 2015.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÕES. AÇÃO ANULATÓRIA DE PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA DE MILITAR. SPPREV. CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO, COM BASE NO ARTIGO 5º DA LEI FEDERAL Nº 9.717/1998 C/C. ART. 16 DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. REFORMA QUE SE IMPÕE. PRAZO DECENAL

SUPERADO. PENSÃO POR MORTE, ADEMAIS, CONCEDIDA NA FORMA DA LEI ESTADUAL VIGENTE À DATA DO ÓBITO DO SERVIDOR. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 340 DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO DA RÉ PROVIDO, PREJUDICADO O DA AUTORA, QUE OBJETIVAVA A DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS.

VOTO

A SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV ajuizou ação contra ACSA ALZIRA FAVERIN, objetivando a declaração de invalidade da concessão da pensão por morte, determinando-se a cessação dos pagamentos, bem como a devolução das quantias indevidamente pagas, a partir da citação.

A ação foi extinta (fls. 53/61). Interposto recurso de apelação, restou provido, para determinar o prosseguimento do feito (fls. 83/92).

A r. sentença, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação, e concedeu a tutela antecipada pleiteada, para o fim de cessar o benefício de pensão por morte atualmente pago à requerida, condenando-a ao pagamento das custas, despesas processuais, e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação (fls. 179/184).

Apelam as partes.

A ré pleiteia a improcedência integral da ação. Alega, ainda, que a decisão afronta o ato jurídico perfeito e insiste no direito ao pensionamento por ser de caráter alimentar. Pede a concessão dos benefícios da assistência judiciária (fls. 188/204).

Adesivamente, a autora sustenta, em síntese, a ilegalidade da concessão da pensão com base em dispositivo de lei estadual sem correspondência com a Lei Federal nº 9.717/98. Pretende a reforma parcial, para que determinada a devolução das quantias indevidamente pagas. Alega afronta aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade desse interesse. Afirma não caber a perquirição acerca da existência de boa ou má-fé por parte da ré, pois a verba ilegalmente paga é do erário, cujos recursos a todos pertencem e dos quais a Administração é mera gestora (fls. 213/218).

Recursos processados, com resposta (fls. 219/234, pela autora e fls. 238/253, pela ré).

É o relatório.

O apelo da ré comporta provimento.

A presente ação anulatória de ato de concessão de pensão por morte, com pedido de tutela antecipada, se reporta a pedido de declaração de invalidade

Acesso ao Sumário

da concessão da pensão por morte à ré, com a consequente cessação dos pagamentos, bem como a devolução das quantias pagas indevidamente.

A Administração Pública, no exercício do Poder de autotutela, de fato, tem o dever de anular os atos ilegais. Nesse sentido está a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "*A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*".

Para alguns, o poder dever da administração invalidar seus próprios atos por ilegalidade, não se sujeitaria a qualquer tipo de prazo decadencial ou prescricional. Entretanto, atendidos aos princípios constitucionais, tal entendimento violaria a garantia da isonomia, pois os administrados estão limitados a prazos para o exercício de suas pretensões em face da Fazenda; por outro lado, contrariaria o princípio da estabilidade das relações jurídicas que se encontra na gênese daqueles institutos. Por isso, a Administração decai de seu direito de invalidar seus próprios atos quando, por inércia, deixa escoar o prazo fixado em lei dentro do qual lhe é permitida a invalidação (RMS 19983/RS; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0071489-9, Relator(a); Ministro CASTRO MEIRA; Órgão Julgador 2ª TURMA, Data do Julgamento 21/03/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 30.03.2006, p. 189).

Na hipótese, o pensionamento teve início em 30 de junho de 1999 (fl. 20). Portanto, o ajuizamento da ação em 07 de janeiro de 2013 (fl. 2), superou o prazo decenal previsto na Legislação Estadual (artigo 10, da Lei nº 10.177/98).

Tenha-se presente, ainda, que a redação original do inciso III, do artigo 8º, da Lei Estadual nº 452/1974 estabelecia que as filhas solteiras, menores de 25 anos, ou inválidas eram beneficiárias obrigatórias dos servidores militares.

Com o advento da Lei Estadual nº 1.069/1976, referido dispositivo foi alterado para constar apenas as filhas solteiras, redação que vigorava na data do óbito do instituidor do benefício (23.06.2002).

Com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 1.013/2007 ocorreu nova alteração do quadro, nos seguintes termos:

"Artigo 8º - São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão:

I - o cônjuge ou o companheiro ou companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;

II - os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do regime geral da previdência social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar.".

Acesso ao Sumário

No caso presente, verifica-se que o servidor instituidor da pensão, faleceu no dia 23 de março de 1999 (fl. 15), durante a vigência da Lei nº 452/74, com a redação conferida pela Lei Estadual nº 1.069/1976; e, portanto, antes das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 1.013/2007, que restringiu a concessão do benefício às mesmas hipóteses previstas na legislação do Regime Geral de Previdência Social.

Com efeito, os proventos de pensão regulam-se pela lei vigente à época do ato concessivo do benefício, de acordo com a Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça: "*A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado*".

Portanto, observado o regime previdenciário vigente à época do óbito do segurado, pelo princípio do *tempus regict actum*, a ré adquiriu o direito à pensão por morte de seu genitor, não podendo ser atingida pela regra estabelecida em legislação posterior, razão pela qual de rigor a manutenção do pagamento.

Anoto, ainda, que o direito previdenciário concedido aos pensionistas dos servidores militares antes das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 1.013/2007 restou assegurado pelo disposto em seu artigo 3º: "*Ficam assegurados aos atuais pensionistas os direitos previdenciários previstos na legislação vigente antes da data da publicação desta lei complementar, enquanto mantiverem as condições que, sob a égide da legislação anterior, lhes garantia o benefício*".

Nesse sentido é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

"Apelação Cível – Processual Civil e Previdenciário – Ação Ordinária proposta contra ato da SPPREV de cassação de pensão por morte percebida por filhas solteiras de servidores militares – Sentença de procedência – Recurso pela SPPREV – Desprovimento de rigor.

1. Por primeiro, observo que não haveria óbice à revisão do ato administrativo porque não superado o prazo decenal preconizado no art. 10 da Lei Estadual nº 10.177/98.

2. No entanto, descabida a revisão e cassação do benefício havida porque regular o seu percebimento – Vedação de benefícios previdenciários distintos contida no art. 5º da LF nº 9.717/98 que não se aplica aos servidores militares em razão de expressa ressalva do artigo se disposto de forma diversa na Constituição, tal como no caso – Regime previdenciário dos militares que sempre fora regulado de forma apartada dos demais regimes tanto que ressalvado no art. 42, § 2º, da CF88 a necessidade de atenção à disciplina específica – E, mesmo que assim não fosse, não se poderia falar em vedação do benefício da pensão por morte às filhas solteiras porque este benefício também está previsto no Regime Geral de Previdência Social, não se podendo confundir benefício com

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

beneficiários dada a distinta natureza jurídica de cada qual – Tanto assim é, que a exclusão de filha solteira maior de 21 anos somente se deu no âmbito federal com a MP nº 2.215-10 de 31.08.2001 – No Estado de São Paulo a restrição de beneficiários ocorreu apenas com a edição da Lei Complementar Estadual nº 1.013 de 06 de julho de 2007. – Benefício que observa a lei da data do óbito do instituidor e, sendo às autoras reconhecido o direito à pensão antes da alteração legislativa, de rigor o restabelecimento – Precedentes da Corte.

3. Honorários advocatícios adequadamente arbitrados.

4. Sentença mantida nos termos do art. 252 do RITJSP.

Apelação desprovida."

(Apelação nº 0009513-76.2013.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 26.08.2013).

"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Pensão por Morte Filha de policial militar que recebia pensão desde a data do óbito do instituidor, ocorrida há mais de cinco anos – Cancelamento do benefício, com base no artigo 5º da Lei Federal nº 9.717/1998 c.c. art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91 – Impossibilidade – Pensão por morte concedida à impetrante na forma da Lei Estadual vigente à data do óbito do servidor – Benefício que também encontra previsão no Regime Geral de Previdência Social – Requisitos estabelecidos em legislação específica do respectivo ente estatal – Inteligência do § 2º do artigo 42 da Constituição Federal – Direitos previdenciários dos pensionistas assegurados pelo artigo 3º da Lei Complementar nº 1.013/2007 – Sentença reformada para conceder a segurança e determinar o pagamento do benefício à impetrante no percentual que lhe couber e enquanto preencher os requisitos legais – Recurso provido".

(Apelação nº 0012051-30.2013.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, relª. Desª. Maria Laura Tavares, j. 12.08.2013).

Em razão do decidido, o recurso da autora, em que se objetivava a devolução dos valores pagos, fica prejudicado.

Por derradeiro, vencida integralmente a demandante, fica condenada ao reembolso das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, por equidade, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E JULGA-SE PREJUDICADO O DA AUTORA.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004705-51.2011.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTANA DE PARNAÍBA, é apelado EVE F PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.861)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e OSVALDO CAPRARO.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

BEATRIZ BRAGA, Presidente e Relatora

Ementa: Mandado de Segurança. ITBI. Art. 156, § 2º, II da CF – não incidência do ITBI sobre transmissão de bens e direitos em integralização de capital. Norma inaplicável ao caso em apreço, uma vez que a impetrante tem como objeto social a atividade de incorporação imobiliária, compreendendo a construção da obra e a venda das futuras unidades autônomas. Reexame necessário – imposição do pagamento das custas e despesas processuais. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta contra sentença concessiva nos autos do mandado de segurança impetrado por **Eve F Participações Ltda.** em face do **Prefeito do Município de Santana de Parnaíba** (fls. 104/105).

Aduz a apelante, em síntese, que somente tem direito à não incidência do ITBI a empresa adquirente de bens em realização de capital que não possuir como atividade preponderante operações do ramo imobiliário; art. 37, § 2º do CTN, aplicado ao caso concreto, condiciona o reconhecimento da imunidade à comprovação da atividade preponderante da apelada nos últimos 3 anos; como a apelada foi constituída a menos de 1 ano, tal fato impede de ver declarada a pretendida imunidade; ausência de prova pré-constituída sobre a atividade

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

preponderante da apelada; inexistência de direito liquida e certo (fls. 119/128).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Segundo consta dos autos, Eve F Participações Ltda., visando integralizar seu capital social, transferiu a propriedade de imóvel de seus sócios para seu patrimônio. Sobre esta operação, o Município de Santana de Parnaíba exige o recolhimento do ITBI. Com fundamento no disposto no art. 156, § 2º, I da Constituição Federal, impetrou o *mandamus* para ver reconhecida a não incidência do imposto em questão (fls. 02/06).

A juíza concedeu a ordem. Entendeu que a atividade preponderante da empresa não se enquadrava entre as hipóteses que afastam a não incidência do ITBI pela regra da norma constitucional em comento. (fls. 104/105).

Ocorre que nos termos do art. 156, § 2º, I da CF, o ITBI "não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, **salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil**".

Outrossim, segundo o art. 37, § 1º do Código Tributário Nacional, a atividade de compra e venda, locação e arrendamento mercantil considerar-se-á preponderante quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos dois anos anteriores e nos dois subsequentes à aquisição decorrer de mencionadas operações.

No caso, a impetrante tem como objeto social as atividades de: administração de bens próprios; incorporação imobiliária; gerenciamento de obras e projetos; participação em outras sociedades, como sócia, acionista ou quotista (fls. 8). Ou seja, o próprio contrato social já é forte indício de que a contribuinte não faria jus ao benefício.

Ademais, a impetrante não fez prova de que preenche a ressalva constitucional. Aliás, na estreita via do mandado de segurança, caberia a ela trazer prova pré-constituída de que sua atividade preponderante não é a compra e venda, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Destarte, de rigor a reforma da sentença e a denegação da segurança.

Em sede de reexame necessário, outro reparo que merece a sentença é aquele no tocante à fixação da sucumbência. É que, como é sabido, no mandado de segurança não cabe condenação em honorários advocatícios. No entanto, deve haver condenado ao pagamento das custas e despesas processuais.

Acesso ao Sumário

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (*EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006*).

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso para denegar a segurança e, em reexame necessário, condenar o impetrante ao pagamento das custas e despesas processuais de praxe**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0954191-87.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelado SEBASTIÃO CANTARELLI, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.200)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LOTEAMENTO SITUADO EM ÁREA URBANA – INSTITUIÇÃO DE ÁREA VERDE PERMEÁVEL DE 50% EM IMÓVEL SITUADO EM ÁREA DO AQUÍFERO GUARANI, CONSIDERADA COMO ZONA DE USO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PERTINÊNCIA DE TAL PERCENTUAL – CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS, PELO RÉU, ORIUNDAS DAS ESFERAS MUNICIPAL, ESTADUAL E FEDERAL – COMPROVAÇÃO DE QUE DESTINOU 35% DE ÁREA VERDE NO LOTEAMENTO, DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL PERTINENTE –

Acesso ao Sumário

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Tendo sido demonstrado pelo réu que o empreendimento de sua propriedade – loteamento localizado em área do aquífero Guarani – possui aprovação perante as esferas Municipal, Estadual e Federal por ter cumprido as exigências contidas nas leis vigentes, especialmente quanto ao percentual destinado às áreas verdes, de pouco mais de 35% da totalidade do imóvel para a manutenção da permeabilidade do solo, além de ter seguido os parâmetros contidos nas Diretrizes Ambientais proferidas pela Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão Ambiental, era mesmo de rigor a improcedência da presente ação civil pública, razão pela qual não é de ser provido o recurso.

VOTO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação civil pública em face de **SEBASTIÃO CANTARELLI** objetivando obrigações de fazer e não fazer voltadas à instituição de área verde permeável equivalente a 50% da área total do imóvel de sua propriedade.

A r. sentença de fls. 300/304, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente a ação, extinguindo-a com fulcro no art. 269, I, do CPC.

Inconformado, apela o autor buscando a reforma do julgado (fls. 325/334). Reitera, em síntese, os termos contidos na inicial, no sentido de que, tal qual apurado no inquérito civil por meio de pareceres técnicos elaborados, o réu, na condição de proprietário de imóvel localizado em área de afloramento e recarga do aquífero Guarani, e que é objeto de empreendimento imobiliário, não destinou no projeto área verde de 50% reservada à manutenção da permeabilidade do solo, impedindo a adequada recarga do aquífero. Aduz ser imprescindível a destinação de tal percentual porquanto o imóvel, ainda que urbano, está localizado em Zona Especial de Uso nos termos do art. 42 do Plano Diretor do município (Lei Complementar nº 501/95), e que em conformidade com tal regramento e também da Lei do Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo municipal (Lei Complementar nº 2.505/12), deve ser reservada uma área não impermeabilizada de no mínimo 35% para a implantação de áreas verdes, mormente pelo fato de que se impõe o reconhecimento de que prevalece o interesse coletivo de proteção ambiental, seja sob o ponto de vista da CF, seja pelo Código Florestal. Aduz, no mais, que medidas urgentes devem ser tomadas

Acesso ao Sumário

para proteção do reservatório de onde se extrai a água que é consumida pela sociedade, sob pena de graves danos ambientais surgirem, de acordo com o princípio da precaução, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

O recurso foi respondido (fls. 441/448), manifestando-se a douta Procuradoria de Justiça às fls. 453/460.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Conforme se depreende dos autos, ajuizou o Ministério Público do Estado de São Paulo ação civil pública em face de Sebastião Cantarelli, por ser ele titular do domínio do imóvel situado no município de Ribeirão Preto, em área de afloramento e recarga do aquífero Guarani, matriculado sob nº 41.080 no 2º Cartório de Registro de Imóveis da comarca, conforme apurado em inquérito civil instaurado, fundado no fato de que o réu pretende implantar empreendimento imobiliário no local sem destinar área verde equivalente a 50% do imóvel para manutenção da permeabilidade do solo, impedindo a adequada recarga do aludido aquífero.

Restando infrutíferas as tratativas procedidas na fase do aludido inquérito civil, restou ao Ministério Público o ajuizamento da presente ação, julgada improcedente pela MM. juíza *a quo*, do que recorreu o autor, mas sem razão, a meu ver.

Com efeito, conforme constou na Informação Técnica de fls. 77/91, resta incontroverso o fato de que o imóvel pertencente ao réu – e que é objeto de empreendimento imobiliário – está localizado em Zona de Uso Especial – ZUE definida pela Lei Complementar nº 501/1995, que instituiu, por sua vez, o Plano Diretor do município de Ribeirão Preto.

Nesse aspecto, tal regramento, em seu art. 42, II, dispôs a respeito da área de afloramento das Formações Botucatu e Pirambóia, aquíferos estes, por sua vez, relacionados ao aquífero Guarani, e que por tal razão merece proteção especial por parte do Poder Público.

Pois bem. Instado o réu, na fase do inquérito civil instaurado pelo autor (fls. 13 e seguintes), a proceder à reserva de área verde no terreno de sua propriedade no percentual de 50% com o fim de manter a permeabilização do solo, incluindo a obrigação de recomposição arbórea nativa de acordo com tal percentual, este comprovou que obteve a licença prévia, por parte da Municipalidade, para erigir o empreendimento denominado “Jardim Vilico Cantarelli” (fls. 140), isto porque preencheu os requisitos para tal, incluídos estudo de impacto de vizinhança (fls. 141/144) e, ainda, o fato de que, conforme preceituam as Diretrizes Ambientais proferidas pela Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão Ambiental (fls. 145/147), fundadas, por sua vez, na aludida Lei Complementar nº 501/1995, foi destinado, no projeto original, pouco mais de 35% da área do imóvel para

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

a manutenção da permeabilidade do solo (fls. 151/158). E isso também é incontroverso.

Ocorre que o autor insiste na pretensão de instituição, medição, demarcação e averbação de no mínimo 50% da área total, o que, à luz dos elementos contidos nos autos, não se justifica, até porque a sobredita lei assim não preceitua.

Ao contrário, conquanto se funde o autor, ao eleger o percentual de 50% de área verde no imóvel, no princípio da precaução, que ora é relacionado à área atinente à preservação do aquífero Guarani onde localizado o empreendimento, além do fato de que o julgador deva ser por demais rigoroso em casos relativos à proteção do meio ambiente, nos quais a permissão da prática de atos de degradação ambiental, no mais das vezes irrecuperáveis, poderá causar sérios e incontornáveis prejuízos para a coletividade em geral, é de bem se ver que resta incabível ao autor estabelecer tal percentual tão-somente se utilizando de critérios teóricos, vez que, para que se proceda à correta preservação do aquífero, necessário se faz que seja abordada tal matéria à luz da legislação pertinente, de forma a ensejar uma análise técnica ambiental voltada à realidade dos fatos, outro não sendo o entendimento já exarado por esta 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente em caso similar ao que ora está sob estudo, *in verbis*:

> *"AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. Imóvel urbano situado em área de recarga do Aquífero Guarani. Preliminares afastadas. Cerceamento de defesa não caracterizado. Aplicação correta do art. 30, inc. I, do Código de Processo Civil. Mérito. Pretendida destinação de 50% da área do imóvel para manutenção de área verde permeabilidade do solo. Pedido carente de amparo legal. Conquanto digna a preocupação com a questão, não cabe ao Ministério Público ou seu assistente técnico estabelecer índices de ocupação do solo urbano ou de técnicas para a preservação do aquífero. Proteção do manancial subterrâneo que exige tratamento amplo e integrado pelos entes políticos brasileiros e estados estrangeiros abrangidos. Inviabilidade da análise da lide por ofensa à luz do art. 15, inc. I, da Lei Complementar Municipal n. 1616/204. Condenação lastreada em causa de pedir não deduzida pelo autor. Nulidade da sentença nesse aspecto. Ademais, o empreendimento foi aprovado e finalizado há mais de década antes da vigência da referida norma. Inadmissibilidade de aplicação retroativa. RECURSO DA RÉ PROVIDO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO; DESPROVIDO O DO AUTOR"* (Apelação nº 063972-95.201.8.26.0506, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 31.07.2014).

Acesso ao Sumário

Como bem constou no aludido julgado, a respeito do que ora se discute, "*não cabe o Ministério Público arvorar-se em legislador e estipular, conforme sua consciência ambiental, qual a melhor técnica de preservação do aquífero por meio do estabelecimento de índices de ocupação do solo. Afinal, o índice de 50%*

revela-se excessivo, arbitrário e destituído de fundamentação técnica idônea. Não se ignora que as áreas de recarga das Formações Botucatu- Pirambóia (Aquífero Guarani) são ambientalmente sensíveis e merecem especial proteção", ressaltando, ademais, que, *"como é sabido, o Aquífero Guarani abrange área territorial gigantesca, de modo que a tutela desse manancial subterrâneo deve ocorrer por meio da implementação de políticas públicas amplas e ações a serem tomadas pelo União, Estados e Municípios envolvidos, e ainda, se possível, com a participação dos demais países diretamente envolvidos (sete no total)"*.

No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 0084929-49.2012.8.26.0000, da mesma Comarca de Ribeirão Preto, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 27.02.2014).

Logo, ainda que considerando correta a insurgência por parte do autor quanto à incorreção contida na r. sentença, consubstanciada no fato de não se tratar à espécie de área de reserva legal, e sim de reserva de área verde na propriedade voltada à manutenção da permeabilização do solo, mesmo assim carece de razão o ora apelante em pretender a condenação do réu em instituir área equivalente a 50% do total do empreendimento para tal fim, vez que desprovido de fundamentos técnicos para tal fim, ainda que consideradas as informações técnicas contidas nos autos, produzidas pelo assistente técnico do Ministério Público.

Por fim, como sustentou a d. autoridade sentenciante a respeito, "*a CETESB e o departamento urbanístico da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto aprovaram a implantação do loteamento, posto que respeitada a destinação de áreas verdes (fls. 48/56) e o laudo de vistoria apresentado pelo próprio autor atesta que no projeto apresentado há previsão de destinação de área correspondente a 35% da área total do imóvel para implantação de áreas verdes*" (fls. 303).

Assim, de acordo com as provas coligidas aos autos, de rigor era mesmo a improcedência do feito.

Posto isto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030812-51.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NAC TOC COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. – ME, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Afastada a preliminar. Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.974)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 16 de março de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA

Inocorrência. Desnecessária produção de outras provas.

Preliminar afastada.

AUTORIZAÇÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

Comércio de alimentos – biscoitos – em quiosque de estações da CPTM. Revogação da autorização com pedido de desocupação. Possibilidade. Autorização, ato unilateral e discricionário no interesse da coletividade, tem caráter precário, revogável a qualquer tempo. Discricionariedade exercida nos limites da lei.

Pedido contraposto em reintegração de posse acolhido.

Devidos valores referentes às contraprestações vencidas, com encargos decorrentes. Precedentes.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 639/641) julgando improcedente **ação** (fls. 02/18) em que se pretende a manutenção da autora na posse de quiosques localizados dentro de estações da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, diante da não renovação da autorização de uso, e procedente pedido contraposto para confirmar a **reintegração de posse** da ré. Acolhidos (fls. 681/682) embargos de declaração (fls. 678/680) para condenar autora ao pagamento dos valores referentes às contraprestações vencidas não honradas, com encargos.

Arguiu a autora, preliminarmente, a nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa. Pretendia a produção de outras provas. No mérito, longa permanência no imóvel garante o reconhecimento de uma relação contratual. Necessário considerar o lapso de tempo de uso. Imprescindível a manutenção

Acesso ao Sumário

na posse até o esclarecimento da verdadeira relação jurídica existente entre as partes. CPTM deve comprovar o interesse público. Apelada se nega a renovar a autorização de uso apenas da apelante. Evidente o prejuízo sofrido pela apelante na abrupta 'quebra de contrato'. Condenação imposta deve ser afastada. Citou doutrina e jurisprudência. Daí a reforma (fls. 646/680 e 693/696).

Respondeu-se (fls. 704/716).

É o relatório.

2. a) Quanto à preliminar.

Desnecessária a produção de **outras** provas.

Como aqui já se decidiu:

"... o julgamento antecipado da lide ***não*** *caracteriza cerceamento de defesa, porquanto a prova destina-se ao Juiz, a quem compete indeferir a produção daquelas reputadas inúteis, desnecessárias e protelatórias. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA."* (AC nº 0.008.467-35.2009.8.26.0201 – v.u. j. de 28.06.11 – Rel.ª Des.ª **REGINA CAPISTRANO**).

Elucidados documentalmente os fatos. De necessidade de produção de outras provas **não** há falar.

Ora, "*... sendo o julgador o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização*" (JTJ 317/189 – *in* **THEOTÔNIO NEGRÃO** – "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" – Ed. Saraiva 46ª – 2014 – art. 130, nota 1b – p. 266).

Suficiente o acervo probatório constante dos autos, não há cerceamento de defesa.

Afasto a preliminar.

b) Infundada a pretensão recursal.

Segundo consta, a autora, atuante no ramo de alimentos – comercialização de biscoitos –, vende seus produtos em quiosques (12) instalados em 11 (onze) estações da CPTM. **Não** renovada a Carta de Autorização de Uso nº 0.031.02.2009 (fls. 376), a Administração requereu a desocupação de tais áreas (deferida posteriormente pelo I. Magistrado ***a quo*** – fls. 401). A autora, objetivando ser mantida na posse desses quiosques, ajuizou essa possessória. A r. sentença, à luz dos elementos existentes e do caráter precário da autorização, julgou improcedente a ação e, manteve a reintegração adrede conferida (fls. 639/641). Em Embargos de Declaração impôs-se o pagamento das contraprestações vencidas (fls. 681/682).

Daí o inconformismo. Sem razão, contudo.

Como bem posto no julgado:

"O uso do espaço público por particular para o exercício de comércio

Acesso ao Sumário

não é livre, pois está condicionado ao preenchimento de certos requisitos legais, mediante, se for o caso, de prévia licitação, sob pena de afronta ao princípio da isonomia.”

“O ato que permite tal atividade não é vinculado, mas, sim, discricionário, razão pela qual pode ser revogado, mediante decisão fundamentada, pela autoridade competente, em nome da conveniência e oportunidade do interesse público.”

“É certo que a revogação da autorização/permissão ou sua alteração, ainda que parcial, não pode ser arbitrária ou ilegal e, ainda que se inclua na esfera da atuação discricionária do Administrador Público, o Poder Judiciário pode, uma vez invocado, analisar e decidir acerca da existência ou não de alguma atitude abusiva ou praticada com desvio de poder pelo agente público.”

“No caso, reexaminando a inicial e documentos, verifico que nenhuma ilegalidade foi cometida pela ré, visto que a autora foi previamente notificada para desocupar o local, em 30 dias, bem como foi avisada sobre a não renovação do termo de autorização (fl. 376).”

“O termo de autorização de uso é ato precário e discricionário, pois é expedido em decorrência do interesse público, motivo pelo qual não tem o particular direito de permanecer no local se não mais existe interesse público, conforme os critérios de conveniência e oportunidade.” (fls. 640).

Ora, tratando-se de **bem público**, área conta com os atributos da **imprescritibilidade**, da **impenhorabilidade** e da **não oneração**. É patrimônio **indisponível** e não pode ser livremente utilizado pelo particular, devendo ser **devolvido** à administração.

Da alegada relação contratual com o Poder Público **<u>não</u>** há falar.

Segundo **HELY LOPES MEIRELLES:**

*“Permissão é o **<u>ato administrativo negocial, discricionário e precário</u>**, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o **<u>uso especial de bens públicos</u>**, a título gratuito ou remunerado, **<u>nas condições estabelecidas pela Administração</u>**. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a **<u>autorização é ato administrativo unilateral</u>**. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.”* (grifei – “Direito Administrativo Brasileiro” – Ed. Malheiros – 40ª ed. – 2014 – p. 205/206).

Acesso ao Sumário

Leciona **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:**

*"**Autorização de uso** é ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a Administração consente, **a título precário**, que o particular se utilize de bem público com exclusividade."*

*"Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é ato **unilateral** porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do Poder Público; discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo considerações de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração; precário, no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público. Pode ser **gratuita** ou **onerosa**."* (grifei – "Direito Administrativo" – Ed. Atlas – 2010 – p. 694).

Sobre o tema, bem sintetiza **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**:

*"Como ato discricionário e precário, ficam resguardados os interesses administrativos. Sendo assim, o consentimento dado pela autorização de uso não depende de lei nem exige licitação prévia. Em outra ótica, **cabe afirmar que o administrado não tem direito subjetivo à utilização do bem público**, não comportando formular judicialmente pretensão no sentido de obrigar a Administração a consentir no uso; os critérios de deferimento ou não do pedido de uso são exclusivamente administrativos, calcados na conveniência e na oportunidade da Administração"* (grifei – "Manual de Direito Administrativo" – Ed. Atlas – 25ª ed. – 2012 – p. 1.157).

Sequer de 'quebra contratual' – o que, efetivamente, **nunca** ocorreu –, se cogita. Ressalte-se a **precariedade** da autorização portada pela autora. De outra parte, ser **onerosa** não descaracteriza o instituto, nem lhe atribui outro regime jurídico.

Trata-se de autorização com prazo certo para expirar – **20.08.09** (fls. 376) e, respeitado este lapso, **não** existe qualquer ilegalidade no ato. Ao contrário, cuidadosa a CPTM ao notificar previamente a apelante para que, ao término da vigência da autorização, desocupasse o local, informando ainda que a área seria "*... ocupada e explorada comercialmente, mediante realização de procedimento licitatório*." (fls. 376).

Presente o **interesse público**, descrito na exploração comercial do local, mediante licitação, como informado pela apelada.

Assim já decidiu esta **Eg. 6ª Câmara de Direito Público** em caso semelhante ao dos autos:

> *"A permissão de uso de bem público, na lição do preclaro Marçal Justen Filho, consiste em ato unilateral e discricionário, pelo qual a Administração Pública atribui a um particular a faculdade de usar*

Acesso ao Sumário

*continuamente um bem público, de modo privado ou exacerbado (**Curso de Direito Administrativo – 1ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 724**).”*

“Trata-se de uso continuado de bem público, como aqueles referentes à utilização de espaços públicos em mercados ou vias públicas, como no caso dos autos.”

*“Sendo assim, tal tratativa entre o Poder Público e o particular pode, a qualquer tempo, ser modificada ou revogada pela Administração, quando se fizer necessário para atender interesse público, por conta de sua natureza precária e do poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público (**Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 32ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 526**).”*

*“A **CPTM** tem assim, gozo de poderes para dispor do box da forma que lhe melhor aprouver, desde observado o quanto pactuado no **Termo de Permissão de Uso**, não se olvidando que a autorização concedida, no entanto, é ato administrativo precário, podendo ser revogado a qualquer tempo.”*

*“Assim, os comerciantes portadores da autorização de funcionamento que eventualmente explorem a atividade comercial no local não detêm qualquer direito subjetivo à obtenção ou continuidade da autorização, vez que compete à **CPTM** a análise da conveniência da outorga do direito.” (*AC nº 0.007.611-83.2009.8.26.0197 – v.u. j. de 24.06.13 – Rel. Des. **SIDNEY ROMANO DOS REIS**).

No mesmo sentido o entendimento deste **C. Tribunal de Justiça** quanto ao ponto: AC nº 0.086.653-70.2009.8.26.0197 – v.u. j. de 27.01.14 – Rel.ª Des.ª **MARIA LAURA TAVARES** e AC nº 0.035.238-04.2012.8.26.0053 – v.u. j. de 15.12.14 – Rel. Des. **PAULO BARCELLOS GATTI**, dentre outros.

Tal é o caso dos autos.

Sequer quanto à condenação (fls. 681/682) ao pagamento das parcelas vencidas merece reparo a r. sentença. Demonstrou a CPTM (fls. 637/638) a existência de parcelas vencidas. Limitou-se a autora a afirmar sua impossibilidade de arcar com tais despesas, diante dos prejuízos sofridos com a desocupação das áreas (fls. 693/696).

Mais não é preciso acrescentar.

A r. decisão deu correta solução à demanda. É **mantida**, por seus fundamentos, nos termos do **art. 252** do **Regimento Interno** deste **Eg. Tribunal de Justiça** (“*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*”).

3. Afasto a preliminar. Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1005235-48.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado GUILHERME DE PAULA RIBEIRO PASCHINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.876)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Isenção de IPVA – Possibilidade – Pessoa portadora de deficiência mental comprovada – Concessão do benefício da isenção principio da igualdade, respeitado o princípio da isonomia – Sentença mantida.

Recursos Improvidos.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário voltados contra a sentença de fls.66/69, de relatório adotado que concedeu a segurança, para autorizar ao impetrante a isenção de IPVA em relação ao veículo descrito na inicial, de acordo com as normas previstas especificamente aos portadores de necessidade especiais, extinguindo o processo com a resolução do mérito com fundamento no art.269, I do CPC.

Inconformada, apela a Fazenda do Estado de São Paulo, trazendo novamente alegações de sua contestação e pede o provimento do recurso com a inversão do resultado.

Recursos recebidos e processados no efeito devolutivo inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

Acesso ao Sumário

Houve manifestação do Ministério Público opinando pelo improvimento dos recursos (fls. 104/110).

É o Relatório.

Os recursos não comportam provimento.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Trata-se de mandado de segurança, em que o autor, (representado por seu pai) é portador de deficiência mental grave, visando o reconhecimento da isenção do recolhimento do IPVA para veículo de sua propriedade, para pessoa com deficiência.

Em que pesem as razões expostas pela apelante, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Lei Estadual 13.926/2008 dispõe em seu artigo 13, inciso III, que é isento de IPVA a propriedade de um veículo adequado para ser conduzido por pessoa com deficiência física.

De fato, conforme atestado por autoridade médica, o portador de deficiência mental severa, apresentando incapacidade absoluta para a prática de atos da vida civil, e, por conseguinte, a impossibilidade de conduzir automóvel.

No presente caso, deve ser estendida à condição do autor a isenção prevista nas legislações atinente ao IPVA, pois a "*ratio legis*" é a inclusão social dos portadores de deficiências, facilitando-lhes a aquisição e manutenção da propriedade de veículo para sua locomoção, ainda que conduzido por terceiro.

Interpretação contrária resulta ofensa ao princípio da isonomia, pois traduz tratamento desigual no que **tange a concessão de benefícios fiscais previstos em lei aos portadores de deficiências.**

Neste aspecto, o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

"Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: (...) IV A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª edição, Ed. Malheiros, 12ª Tiragem, pág. 47/78).

Cita-se o apontamento do Min. Franciulli Netto:

Acesso ao Sumário

"a inclusão social dos portadores de necessidades especiais, ou seja, facilitar-lhes a aquisição de veículo para sua locomoção, ainda que conduzido por outra pessoa..." (STJ, REsp n° 523.971-MG, j. de 26.10.04).

Nesse sentido, posicionou-se este E. Tribunal:

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - Pretendida isenção do ICMS e IPVA na aquisição de veículo, por genitor de menor portador de deficiência, dependente integralmente de terceiros - Admissibilidade - Precedentes - Interpretação harmônica entre a legislação paulista e o art. 5º da CF - Prevalência dos preceitos constitucionais que assegura a proteção especial às pessoas deficientes - Segurança denegada - Recurso provido. (APEL. Nº: 0006168-75.2011.8.26.0602. j. em 19/12/2011. Des. Rel. REINALDO MILUZZI).

Destarte, diante do fato de o autor ser portador de deficiência mental severa, ainda que impossibilitado de conduzir veículo, ato a ser realizado por terceiro, razoável e convergente com os preceitos constitucionais que asseguram proteção especial às pessoas deficientes, a concessão do benefício de isenção de pagamento do IPVA, incidente sobre propriedade do veículo.

Portanto, outra solução não havia senão a concessão da ordem, razão pela qual, não merece qualquer censura a bem lançada sentença que fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando- se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, NEGA-SE provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1017557-44.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados LUIZ CARLOS ZEFERINO (E OUTROS(AS)), LUIS OTÁVIO ZANATTA SARIAN, JULIA YORIKO SHINZATO, ELIANA MARTORANO AMARAL e HELAINE MARIA BESTETI PIRES MAYER

Acesso ao Sumário

MILANEZ.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.523)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de Segurança – Servidores públicos estaduais em atividade – UNICAMP – Professores Doutores, Livre-docentes da faculdade de medicina – Plantões médicos em favor da universidade, em horário estranho à jornada de professores, a fim de cobrir os claros do Hospital de Clínicas Universitário e do Centro de Referência à Mulher, ante a ausência de médicos contratados – Redutor salarial – Emenda Constitucional nº 41/03 – Inaplicabilidade – Natureza autônoma das atividades ao ente público, em exercício de funções distintas, em horários estranhos à contratação da função-atividade do provimento do cargo de Professores-Doutores da Universidade – Princípios constitucionais da lealdade, da vedação do enriquecimento sem causa e da proibição de trabalho gratuito que, em confronto com o teto redutor constitucional, não podem ceder passo – Direito líquido e certo de receber pelos plantões médicos exercidos em jornada estranha à contratação originária de professores, assegurado – Sentença concessiva da segurança mantida – RECURSOS DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação (fls. 331/357) interposta pela **Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP**, em mandado de segurança impetrado por **Luiz Carlos Zeferino** e outros, contra ato do **Reitor da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP**, em face da r. sentença (fls. 326/329), que concedeu a segurança para que o pagamento dos plantões médicos realizados pelos impetrantes seja efetuado sem limitação pelo teto

remuneratório, sem condenação em sucumbência.

A apelante pretende o provimento do recurso para a reforma da r. sentença, alegando, em resumo, a inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão dos impetrantes, pois as verbas reclamadas têm caráter remuneratório, incidindo, sobre estas, o limitador do teto remuneratório, consonante a EC 41/2003; a legalidade do ato praticado, pois em estrito cumprimento de determinação contida no v. acórdão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do TC 4001/026/06; e, por último, que os plantões são necessários ao funcionamento do Hospital de Clínicas e do necessário atendimento ininterrupto de áreas críticas das unidades de internação e emergências médicas, todavia, não são obrigatórios aos médicos, que são convidados para realizar os tais plantões, podendo, ou não, aceitar o encargo.

Recebido o recurso no efeito devolutivo (fls. 358), foi contrariado (fls. 360/384), e os autos subiram a este E. Tribunal.

Os autos vieram por prevenção a esta C. 1ª Câmara de Direito Público ante o julgamento anterior do AI nº 2104696-68.2014.8.26.0000.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso voluntário e da remessa oficial.

A discussão deste feito é limitada ao pagamento dos vencimentos dos autores, sem a redução do teto limitador, por plantões médicos efetuados à ré, afastando-se a aplicação do art. 37, XI, da Constituição Federal, na nova redação dada pela EC 41/2003.

De saída, observe-se que o Poder Judiciário não se limita ou se vincula às decisões do Tribunal de Contas do Estado, mormente quando do controle da legalidade dos atos praticados pela Administração, em quadro de possível abuso, ou violação de direito constitucional funcional. A função judicante é a última *ratio* em matéria de definição do justo nos casos concretos, e ela é do Poder Judicial, por preceito constitucional.

Os autores, Professores Doutores, com livre-docência e diversas especializações em estabelecimentos de ensino superior no exterior, exercem suas funções de magistério junto à Faculdade de Medicina da UNICAMP.

É certo, outrossim, que além de Professores, os impetrantes são Médicos.

Nesse passo, a ré, ante a insuficiência de quadros, os convoca para plantões médicos no Hospital de Clínicas Universitário e no Centro de Referência à Saúde da Mulher, no âmbito universitário, para o exercício da função-atividade de médicos.

Ocorre, então, que, ao receberem o pagamento por esta outra jornada de trabalho como médicos, - e não como professores -, a Administração lhes aplica

Acesso ao Sumário

o teto redutor constitucional, ao somar os valores recebidos pelos plantões médicos, ao estipêndio recebido pela atividade de professores universitários.

Todavia, a vinculação estatutária deles, para com a ré, é o exercício do magistério de nível universitário, e não o da prática de medicina clínica ou cirúrgica.

Não se desconhece a força normativa da EC nº 41/2003; todavia, no caso, ela não se aplica.

Observe-se que a Administração, conforme ela mesma admite em suas razões recursais, necessita cobrir os claros médicos em seus hospitais universitários, para cumprir com o atendimento de 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, inclusive os serviços de emergências médicas e de operações de alta complexidade, pois não há quadros suficientes para o desempenho destas funções.

Desta forma, lança mão destes profissionais que, além de professores universitários, são médicos altamente qualificados, para cobrir com sua falta de pessoal, ao convidá-los para os plantões em atividade diferente para as quais eles foram contratados, e, ainda, em horário diverso do horário regular do serviço.

A questão deste *writ*, então, não cuida de violação do teto remuneratório constitucional, em virtude de acréscimos de vantagem de natureza pessoal, mas é de uma outra relação de serviço, para a prestação de outro tipo de trabalho, apartada da função-atividade desenvolvida regularmente pelos impetrantes.

Vale dizer, se a Administração necessita de mais médicos, ela que os contrate; todavia, não pode se locupletar do serviço dos impetrantes, sob pena de violar o princípio que veda o enriquecimento sem causa e da proibição de trabalho gratuito: os impetrantes estão a prestar outro serviço à Administração, diversos de suas funções de professores, em horário outro, para o qual eles foram originariamente contratados.

Não é o caso, então, de horas extraordinárias, ou jornada extraordinária de trabalho, dentro de uma mesma relação jurídica-estatutária de serviço: é utilização de mão-de-obra qualificada para o exercício da função de médico, em forma de plantões.

É certa, a bem da verdade, a imposição do teto remuneratório para os vencimentos dos servidores públicos brasileiros; mas, dentro dos valores atinentes aos blocos constitucionais aplicáveis ao caso em tela, não se pode aquiescer com a deslealdade da Administração: sabedora do valor do salário de cada um dos impetrantes, convoca-os para a prestação dos tais plantões e, ao final do mês, não paga os plantões, ou paga menos que o devido, sob o escudo de avanço além do teto remuneratório, locupletando-se ilegalmente do serviço por eles prestados.

Ademais, vencimentos são *"padrão e vantagens"* e *"vantagens*

Acesso ao Sumário

irretiráveis do servidor" são aquelas "adquiridas pelo desempenho efetivo (pro labore facto), ou pelo transcurso do tempo de serviço (ex facto temporis), nunca, porém, as que dependem de um trabalho a ser feito (pro labore faciendo), ou de um serviço a ser prestado em determinadas condições (ex facto officii) ou em razão da anormalidade do serviço (propter laborem) ou, finalmente, em razão de condições individuais do servidor (propter personam)" - (**MEIRELLES, Hely Lopes**. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 384).

E, ainda, na doutrina de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, "*Emenda alguma poderia ou pode reduzir vencimentos, pois, se o fizesse agrediria direitos individuais que os servidores públicos, como qualquer cidadãos, têm garantidos pela Constituição" e, assim, "os vencimentos dos atuais servidores não podem ser afetados pelo 'Emendão', porque, se tal se desse, haveria: a) ofensa a direito, cuja proteção estava e está assegurada no art. 5º, XXXVI, da Constituição, dada a irredutibilidade que lhes conferia o § 2º do art. 39, em sua primitiva redação; b) ofensa a um direito e garantia individual, pois a garantia expressa da irredutibilidade de vencimento, naqueles termos, era, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, um direito individual de cada servidor"* (*Curso de Direito Administrativo*, 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 334/335).

No conflito aparente de normas, destacando que a "*Constituição não pode ser interpretada contra ela mesma"*, a questão, enfim, foi bem equacionada e resumida pelo **Des. Renato Nalini,** no julgamento da Apelação nº 545.842-5/5, em 30/01/2007:

> *"Legítima e em consonância com as aspirações da cidadania a imposição de limites aos supersalários do funcionalismo. Proibida, contudo, a abrangência de direitos estabelecidos, consolidados pelo decurso do tempo, adquiridos e incorporados ao patrimônio de seus titulares."*

A Administração, portanto, que contrate mais médicos, ou convide, para os tais plantões, professores que possam cumprir com a jornada médica sem ser tolhida a justa remuneração pelo serviço médico prestado.

O que não se pode admitir é exercício de trabalho sem a justa paga, considerando que a contratação originária dos impetrantes é a de professores, e não de médicos.

Enfim, a natureza autônoma e desvinculada dos plantões médicos exercidos, autoriza o afastamento da imposição do teto remuneratório, para o pagamento dos serviços médicos prestados, apartados da função de professores universitários para as quais eles foram alçados ao serviço público ativo via concurso público.

É por estas razões que o apelo não vinga e a ordem concedida deve ser

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

mantida.

Por fim, dou por prequestionados todos os preceitos apontados em recurso, observando ser desnecessário o destaque numérico dos dispositivos legais (STJ, EDcl no RMS 18.205, rel. **Min. Felix Fischer**).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0029991-75.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado NETAFIM BRASIL SISTERMAS E EQUIPAMENTOS DE IRRIGAÇÃO LTDA..

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Declarará voto vencedor o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14365)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PIRES DE ARAÚJO (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Anulatória de AIIM – Pretendida anulação da infração capitulada como creditamento indevido, em razão do efetivo pagamento posterior do tributo – Impossibilidade – O pagamento posterior do tributo não tem o condão de anular a infração e, consequentemente, a multa pelo creditamento indevido – O pagamento posterior do imposto gera somente o direito de creditamento da quantia efetivamente paga – Admitir o cancelamento da infração seria anular a multa pela infração confessadamente praticada e permitir dois creditamentos, um referente ao valor não pago e outro relativo à quantia paga posteriormente – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de tributo com pedido de tutela antecipada ajuizada por Netafim Brasil Sistemas e Equipamentos de Irrigação Ltda. contra a Fazenda do Estado objetivando o cancelamento do item II do Auto de Infração e Imposição de multa nº 3.049.635-4.

Aduz que foi surpreendida com a lavratura do AIIM nº 3.049.635-4 em razão de ter apresentado guias falsas referentes ao pagamento de ICMS importação no período de dezembro de 2001 a maio de 2002 e agosto de 2003 a dezembro de 2003, uma vez que embora enviasse o dinheiro para pagamento do tributo, o despachante aduaneiro não repassava ao Fisco e falsificava as guias referentes ao imposto.

Não obstante tivesse sido vítima do despachante, a autora optou pelo recolhimento do tributo acrescido da multa e encargos moratórios, fato que motivou o cancelamento do item I do AIIM referente ao não recolhimento do tributo. Ocorre que o item II – creditamento indevido do ICMS não recolhido referente ao item I – permaneceu ativo.

Entende, contudo, que deve ser cancelado o item II do mencionado auto de infração, uma vez que (i) houve a convalidação do crédito do imposto após o efetivo recolhimento do item I do AIIM e (ii) inexistência de prejuízo ao Fisco.

A r. sentença de fls. 282/283v julgou o pedido procedente para anular o item II do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.049.635-4, condenando a ré em honorários advocatícios de 15% do valor atualizado da causa.

Irresignada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação a fls. 288/295 requerendo a reforma da sentença sob o fundamento de que “Se admitirmos a tese de que esse pagamento posterior, realizado em 31/10/2006, legitimaria o crédito indevido, com um único pagamento a apelada poderia creditar-se duas vezes, sendo que, a primeira, pela escrituração das guias falsas e, a segunda, pelo pagamento efetivamente realizado em 31/10/2006”. E ainda: “Em resumo, vale dizer que, os créditos indevidos escriturados pelo contribuinte têm o atributo de diminuir o saldo do ICMS a recolher em cada período de apuração. Que, ainda que das apurações realizadas tenham sempre resultado saldo credor, esse saldo resulta ilegitimamente inflado em razão da agregação a ele dos créditos indevidos. Que, esses créditos espúrios ficam escriturados nos livros fiscais do contribuinte e só podem ser expurgados ou estornados por meio de auto de infração e imposição de multa, conforme se verifica na hipótese em exame”.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas a fls.302/401.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Vê-se dos autos que a apelada foi autuada por deixar de pagar o ICMS e

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

por ter se creditado indevidamente do imposto, uma vez que o creditamento se deu com base em guias falsas (fls. 27/28).

Lavrada a autuação, a apelada optou por efetivar o pagamento do tributo acrescido da multa e demais encargos moratórios, gerando o cancelamento do item I do auto de infração de n.º 3.049.635-4 (fls. 35).

Entende que o pagamento do item I do mencionado auto de infração automaticamente impõe o cancelamento do item II, uma vez que o pagamento do tributo gera o direito ao creditamento do ICMS, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade.

Ocorre que cancelamento do item II do auto de infração e direito ao creditamento do imposto efetivamente pago são situações que merecem tratamentos distintos. Explica-se:

Consta do auto de infração que:

"II – INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO

2. Creditou-se indevidamente do ICMS, nos períodos de Dezembro/2001 a Maio/2002 e Agosto/2003 a Dezembro/2003, no montante de R$ 1.235.845,28 (um milhão, duzentos e trinta e cinco mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e vinte e oito centavos), mediante escrituração Nos Livros Registros de entradas de mercadorias, conforme demonstrativo de fls. 59 a 62, tendo em vista que os referidos tributos incidentes sobre tais operações não foram previamente recolhidos nos termos do art. 115, inciso I, alínea a do RICMS (Dec 45.490/00), conforme se comprovam pelos documentos fornecidos pelos órgãos arrecadadores e Livro Registro de Entrada, juntados às fls. 63 a 199: 202 a 399 e 402 a 403.

Infringência: Art. 59, § 1º, item 1, item 2 c/c art. 61, § 8º, do RICMS (Dec. 45.490/00)

CAPITULAÇÃO DA MULTA: art. 527, inc. II, alínea "j" c/c/ §§ 1º e 10, do RICM00 (Dec. 45490/00)."

Como se vê, referida infração gerou a multa prevista no art. 527, inc. II, alínea "j" c/c/ §§ 1º e 10, do RICM00 (Dec. 45490/00):

"Artigo 527 - O descumprimento da obrigação principal ou das obrigações acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços, fica sujeito às seguintes penalidades (Lei 6.374/89, art. 85, com alteração das Leis 9.399/96, art. 1.º, IX, e 10.619/00, arts. 1.º, XXVII a XXIX, 2.º, VIII a XIII, e 3.º, III):

(...)

II - infrações relativas ao crédito do imposto:

Acesso ao Sumário

(...)

j) crédito indevido do imposto, em hipótese não prevista nas alíneas anteriores, incluída a de falta de estorno - multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor do crédito indevidamente escriturado ou não estornado, sem prejuízo do recolhimento da respectiva importância;"

Assim, ao requerer o cancelamento do item II do auto de infração, busca a autora, em verdade, não só o creditamento do imposto, mas também o perdão da multa imposta, o que não pode ser admitido.

De fato, deve a autora recolher o valor que creditou indevidamente e pagar a multa a ela imposta por esta infração, independentemente do direito ao creditamento da importância efetivamente paga posteriormente.

Ressalte-se que a Fazenda não nega o direito ao creditamento da importância paga em 2006, efetivada depois da lavratura do auto de infração, tal como se lê do item 23 do julgamento do recurso interposto ao CAT (fls. 185).

Assim, cancelar o item II do auto de infração é admitir perdão da multa e permitir dois creditamentos, um referente a quantia não paga, pela escrituração das guias falsas, e outro referente ao valor efetivamente pago em 2006, violando as regras do ICMS e gerando posição privilegiada da autora em relação aos demais contribuintes.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial, ficando invertidos os ônus da sucumbência.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto 34.367)

1. Tratam os autos de pretensão declaratória de nulidade do item II do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.049.635 que aponta o indevido creditamento de Icms em operações de importação.

Historia a empresa contribuinte que o despachante aduaneiro por ela contratado deixou de pagar o tributo incidente na operação, falsificando as correspondentes guias de recolhimento.

A autuação fiscal pela falta de pagamento foi regularizada na via administrativa, subsistindo a suposta infração relativa à escrituração do crédito, por estimar o Fisco paulista autônoma essa segunda infração.

2. Senhor Presidente, devo confessar - e o faço com certo embaraço - que este caso parece levar a perplexidades.

Da análise dos autos, persuadi-me da autonomia das condutas objeto (a falta de pagamento de dado tributo e a escrituração do suposto crédito correspondente ao mesmo pagamento). Com efeito, bastaria ver que, situadas

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

essas ações, *ex hypothese*, dentro no prisma de comportamentos dolosos, bem se avista que a discutida escrituração, por mais seja logicamente condicionada pelo pagamento do tributo e cronologicamente póstera a ele, desfruta de manifesta autonomia factual e jurídica: pense-se, por exemplo, nas situações de arrependimento no interregno entre as duas ações.

Mas a questão comportaria ainda outro ângulo de análise: a da não consciência da ilicitude quanto à segunda conduta, por erro do actante quanto ao pressuposto dessa mesma conduta: ou seja, a suposição do pagamento anterior.

Admitido o fato dessa suposição, já não haveria dúvida em **negar o dolo** do agente ao escriturar o crédito, uma vez que não poderia orientar-se ele para o desvalor jurídico de uma conduta que, por premissa, tinha já por lícita.

Todavia, ainda que se queira distinguir entre, de um lado, a consciência da antijuridicidade, e, de outro, a intenção do agente, remanesce uma inevitável necessidade de estimar o que consta do direito posto. E isso nos remete à esfera da norma do art. 136 do Código Tributário Nacional - e, pois, ao critério legal da , ordinariamente, **independência do dolo** para a configuração do ilícito tributário.

Independência do dolo, é verdade, não é o mesmo que independência de culpa. Não caberia um direito penal tributário *sine culpa*. E, dado isso, portanto, seria sempre possível aferir a **censurabilidade** da falta de consciência de ilicitude para avaliar a configuração infracional, é dizer uma sindicância, à raiz, da negligência de uma conduta que, fosse prudentemente adotada, evitaria o desate da segunda ação.

Para o caso, o fato é que a má eleição de terceiro ou, quando não se tenha dado ela, ao menos a falta de vigilância de seu comportamento caracteriza, em princípio, alguma forma de culpa. É dizer, uma culpa na causa, uma espécie - alguém terá dito isto - acercada da *actio libera in causa*, de sorte que, ainda não houvesse (e parece não haver) culpa no próprio ato da escrituração, houve culpa em sua causa.

Por esses motivos, Senhor Presidente, convenci-me do acerto das conclusões já antecipadas - e às quais adiro - nos votos do eminente Relator, Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, e do não menos eminente Revisor, Des. AROLDO VIOTTI.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador, 3º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 4003349-75.2013.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante/apelado JONATHAN MANOEL MAIA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelante JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário e recursos voluntários. Sustentou oralmente pelo Apelante/Apelado, Jonathan Manoel Maia, o Dr. Antonio Carlos Santos do Nascimento - OAB: 257587/SP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.981)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PIRES DE ARAÚJO (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e RICARDO DIP.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral – Autor encarcerado indevidamente, por erro do juízo, o qual, não obstante tenha lavrado decreto absolutório na ação penal, o condenou ao cumprimento da pena de dois meses de detenção em regime semiaberto e determinou a expedição de mandado de prisão – Sentença de parcial procedência mantida – Reexame necessário e recursos voluntários não providos. Se pessoa é presa injustamente, por vários dias, em decorrência de sentença penal maculada por erro, ocorre falha do serviço público e a Administração responde pela indenização, configurada ofensa à liberdade pessoal do cidadão, nos termos do art. 954 do Código Civil.

VOTO

O demandante, **Jonathan Manoel Maia**, propôs ação de indenização por dano moral dirigida a **Fazenda do Estado de São Paulo**, com intuito de alcançar indenização, pois, denunciado como incurso no art. 180, § 3º do Cód. Penal, por adquirir motocicleta eventualmente objeto de crime, restou absolvido, por falta de provas, nos termos do art. 386, VII, do Cód. Proc. Penal. Porém, discorre,

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

por erro material, o magistrado passou a fundamentar a aplicação de pena e o condenou ao cumprimento de dois meses de detenção, em regime semiaberto, cumprido o mandado de prisão em 05.08.13, reconhecida a falha somente em 23.08.13. Pleiteou indenização no importe de R$ 500.000,00 (fls. 01/14, 17/19, 36 e 38).

Sobreveio r. sentença de parcial procedência, condenada a demandada ao pagamento de R$ 50.000,00, a título de danos morais, com atualização monetária desde a data da sentença e acréscimo de juros legais, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, além das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação atualizado. O C. Juízo de primeiro grau determinou o reexame necessário (fls. 90/93).

Inconformada, **recorre a Fazenda**, na busca de inverter o decidido e indica que a sentença criminal foi prolatada em audiência, com a assinatura pelo então causídico do demandante sem constatar o erro contido, razão pela qual entende configurada a excludente de culpa exclusiva da vítima. Afirma não comprovação dos danos morais e, subsidiariamente, pleiteia a redução da indenização e a aplicação dos critérios da Lei nº 11.960/09 (fls. 98/117).

Recorre, de forma adesiva, o demandante, na busca de majorar a indenização para R$ 500.000,00 (fls. 131/137).

Contrariados os recursos, os autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 121/130 e 142/146).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

A matéria exposta na inicial restou comprovada.

O demandante foi preso, injustamente, com base em sentença eivada de erro, pois, não obstante tenha absolvido o réu, o condenou ao cumprimento de dois meses de detenção.

O C. juízo prolator da sentença criminal reconheceu o "*erro material na sentença de fls. 43/44, porquanto na verdade o réu foi absolvido, conforme fundamentação ali lançada, devendo ser desconsiderado tudo o que constou a partir da frase "passo a fundamentar a aplicação da pena*"". Incontinenti, determinou-se a expedição de alvará de soltura, conforme decisão juntada as fls. 38, proferida após a prolação da sentença.

Logo, houve evidente falha nos serviços públicos em prejuízo do demandante, a motivar a responsabilidade da Administração.

Expressa o art. 5.º, LXXV, da Constituição Federal:

"O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença."

O Código Civil determina:

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido,

Acesso ao Sumário

e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único - Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

(...)

III - a prisão ilegal.

Ensina **YUSSEF SAID CAHALI**,

"Assim, o STJ, em caso de prisão em flagrante, ocorrida diante de circunstâncias que, no momento, configuravam a prática de infração, mas com posterior absolvição do réu, assinalou: "O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório deve ser enfocado sob o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados aos cidadãos, especialmente o de ir e vir" (STJ, 1ª Turma, rel. MIN. JOSÉ DELGADO, 22.02.2000, RJTJRS 210/29), apud Responsabilidade Civil do Estado, 3.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 480.

Este E. Tribunal tem decidido que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa (ou dolo) caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão de responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6.º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame for lícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade for ilícita ou em virtude de ***faute du service*** (cfe. ap. n.º 143.580-5/8-00, São Paulo, rel. **DES. SOARES LIMA**, j. em 22.04.2004, JTJ 282/173).

O v. aresto do STJ, no REsp n.º 220.982/RS, rel. **MIN. JOSÉ DELGADO**, j. em 22.02.2000, decidiu com ementa assim redigida:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS.

1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal.

2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir.

3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais.

4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado.

5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.

6. Recurso especial provido."

Este E. Tribunal, por diversas vezes, decidiu no mesmo diapasão, v.g. do v. aresto na ap. n.º 347.959-5/5-00, São Paulo, rel. **DES. FRANCISCO VICENTE ROSSI**, j. 29.1.2007; ap. n.º 822.047-5/6-00, Assis, rel. **DESª VERA ANGRISANI**; j. 7.10.2008; ap. n.º 946.410-5/8-00, São José dos Campos, rel. **DES. LINEU PEINADO**, j. 17.11.2009; ap. n.º 994.06.106131-0, Cerquilho, rel. **DES. SIDNEY ROMANO DOS REIS**, j. 16.8.2010; ap. n.º 994.06.109116-8, Guarulhos, rel. **DES. OSNI DE SOUZA**, j. 1.º 9.2010; ap. n.º 994.07.069789-8, São Paulo, rel**. DES. MOACIR PERES**, j. 14.6.2010 e ap. nº 0014424-51.2011.8.26.0361, rel. **DES. JOSÉ LUIZ GERMANO**, j. 11.03.2014, este com a seguinte ementa:

"APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Prisão ilegal. Mandado de prisão que foi expedido mesmo após a extinção da ação de execução de alimentos. Falha da Administração caracterizada. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar configurado. DANOS MORAIS. Indenização. Redução. Possibilidade. Observância dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. DANOS MATERIAIS. Não comprovação pelo autor dos gastos alegados. Condenação afastada. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. Aplicação imediata do art. 1º da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 às ações em curso à luz do princípio tempus regit actum. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."

Outrossim, o fato do causídico do demandante ter assinado o termo de audiência onde contida a sentença não caracteriza culpa exclusiva da vítima, pois referido termo foi assinado, também, pelo C. Juízo e pelo ilustre Promotor de Justiça presente, de molde a considerar-se o fato apenas para redução da pretensão indenizatória.

Cristalina, assim, a responsabilidade da demandada, bem como o dano moral, o qual decorre do simples fato de sua ocorrência, chamado de dano *in re ipsa*, é inerente ao fato e independe de prova do prejuízo, suficiente a prova da ocorrência do fato que o gerou.

O dano moral deve ser mantido como fixado na r. sentença, pois o montante de R$ 50.000,00 mostra-se razoável e suficiente como forma de compensar o constrangimento experimentado pelo acionante, minimizando as dores psicológicas sofridas, sem ocasionar enriquecimento.

Relembre-se ter o dano moral caráter compensatório pela dor psicológica sofrida pelo acionante e sancionatório da responsável – no caso a ré – não podendo, no entanto, ser fonte de enriquecimento (cfe. vv. arestos deste E. Tribunal na ap.

Acesso ao Sumário

n.º 67.421-4, Araçatuba, rel. **DES. OSWALDO BREVIGLIERI**, j. 10.2.99 e ap. n.º 41.753-4, Piracicaba).

E, correta a r. sentença ao fixar o termo *a quo* para a incidência da correção monetária a data do arbitramento do valor, sem aplicação da Súmula 43 do STJ (Súmula 362 do STJ). Nesse sentido, os vv. arestos desta 11ª Câmara, na ap. nº 432.999.5/0-00, Santo André, V12.464, e ap. nº 510.625.5/4-00, Itapevi, V13.621, desta relatoria.

Em relação aos juros de mora, deveriam incidir desde a caracterização do ilícito, porém, ausente recurso do demandante nesse sentido, mantém-se a fixação nos moldes fixados pela r. sentença, a partir da citação, portanto, e no percentual de 6% ao ano, inaplicáveis as disposições da Lei nº 11.960/09, pois deve ser observado o recente julgamento do Plenário do STF, nas ADIN n.ºs 4.425 e 4.357, em 14 de março de 2013, o qual declarou a inconstitucionalidade da EC 62, de 2009, e "*por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09*".

Desta forma, deve-se corrigir monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e manter a incidência dos juros de mora de 6% ao ano, nos termos da redação original do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97.

Nessa linha, inclusive, já decidiu o STF, em recente v. aresto proferido no Recurso Extraordinário nº 747.702, Santa Catarina, da lavra da **MIN. CARMEN LÚCIA**, j. 04.06.13, com a seguinte ementa:

> *"Recurso Extraordinário. Constitucional. "Índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança": Inconstitucionalidade da expressão. Acórdão recorrido dissonante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Índice de correção monetária: Ofensa constitucional indireta. Recurso parcialmente provido."*

O caso, portanto, é de **não provimento** do reexame necessário e dos recursos interpostos pela **Fazenda do Estado de São Paulo** e por **Jonathan Manoel Maia** em relação à ação movida por este contra aquela (ref. proc. n.º 4003349-75.2013.8.26.0037 – 1º Ofício da Fazenda Pública de Araraquara, SP), mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 184347-SP, rel. **MIN. MARCO AURÉLIO**, j. 16.12.97; STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER** e AgRg no REsp 1066647-SP, rel. **MIN. ADILSON VIEIRA MACABU**, j. 22.02.2011).

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0025207-90.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado JOSÉ BORDION.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento aos recursos oficial e voluntário da ré. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19569)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente) e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO – Sentença que não reconheceu a prescrição do fundo de direito – Manutenção – Prescrição quinquenal das parcelas – Súmula 85 do STJ – Precedentes do STJ – Preliminar rejeitada.

APOSENTADOS E PENSIONISTAS DA EXTINTA FEPASA – Pretensão ao recebimento da sexta-parte – Impossibilidade – Vantagem dirigida somente aos servidores estatutários – Indevida vantagem aos celetistas – Sentença de procedência – Recursos oficial e voluntário da ré providos.

VOTO

RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação proposta por funcionário aposentado da extinta FEPASA contra a Fazenda do Estado de São Paulo, com o fim de obter o recebimento da sexta-parte dos vencimentos, nos termos do art. 129 da Constituição do Estado, com o pagamento das diferenças.

A r. sentença de fls. 59/68, de relatório adotado, julgou a demanda procedente, para condenar a ré ao pagamento dos valores devidos e ao apostilamento da sexta-parte ao autor, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária com base no IPCA e juros de mora, a partir da citação, pelos índices da caderneta de poupança, conforme a Lei 11.960/09. Condenou-a, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como da verba

honorária arbitrada em 10% do valor líquido da condenação.

Ao reexame necessário, somou-se o apelo da Fazenda do Estado de São Paulo sustentando, em preliminar, que ocorreu a prescrição de fundo de direito, pois o requerimento da complementação da sexta-parte sobreveio após mais de cinco anos do fato que deu origem à aposentadoria. No mérito, aduz que o vínculo do funcionário com a FEPASA era celetista, não estatutário, razão pela qual está filiado ao Regime Geral de Previdência Social, conforme o artigo 40, § 13 da Constituição Federal; que não pode se submeter, destarte, às normas estatutárias próprias da Lei 10.261/68; que o servidor público estadual sobre o qual dispõe o artigo 129 da Constituição Estadual deve ser compreendido de maneira restritiva, englobando apenas aqueles que possuam vínculo funcional com pessoa jurídica de Direito Público; que a sexta-parte não deve incidir sobre a integralidade dos vencimentos, de acordo com o artigo 37, XIV da CF. Requer, por fim, que seja aplicada a Lei 11.960/09 para o cálculo da correção monetária.

Recurso tempestivo e respondido.

FUNDAMENTOS.

Inicialmente, anoto que a preliminar de prescrição de fundo de direito não deve prosperar.

Pacificado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, se não houve expressa recusa por parte da Administração Pública quanto ao direito pleiteado, o benefício se configura como de trato sucessivo, cuja prescrição atinge tão-somente as parcelas não reclamadas cinco anos antes do ajuizamento da demanda, com fulcro na Súmula 85/STJ.

Neste sentido, recente jurisprudência do STJ:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. ÓBICE AO SEGUIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 557, § 1.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. QUESTÃO SUPERADA. SERVIDOR MUNICIPAL. UNIDADE REAL DE VALOR – URV. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. VALOR EXCESSIVO. NÃO CONFIGURADO. REVISÃO DOS HONORÁRIOS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. (...)

2. (...)

3. Nas demandas em que se busca o reconhecimento de diferenças salariais advindas de errônea conversão da moeda em Unidade Real de Valor – URV, a prescrição atinge tão-somente as parcelas anteriores aos 5 (cinco) anos que antecederam a data da propositura da ação, nos termos da Súmula 85 deste Tribunal.

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

4. (...)

5. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1182241/SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0030315-9 – Relª. Ministra LAURITA VAZ em 04/10/2010).

Passo, assim, à análise das questões de fundo.

Na hipótese dos autos, o autor é empregado aposentado da antiga FEPASA e pretende o recebimento da sexta-parte dos vencimentos e as diferenças daí decorrentes.

Há entendimento nesta Corte, e esta relatoria o adota, segundo o qual a sexta-parte é um benefício adstrito aos estatutários.

O apelado não é servidor público em sentido estrito, não fazendo jus ao percebimento da sexta-parte, benefício que não se coaduna com seu regime de trabalho.

Tanto isso é verdade que, conforme anotado em seus holerites, ele é contribuinte do INSS, com vantagens previstas na CLT e não do IPESP, agora SPPREV.

Ora, os funcionários públicos são pagos nos termos da lei e não pode o juiz, sem qualquer função legislativa, aumentar vencimentos, ou dispor diferentemente daquilo que está definido por lei.

Em sendo assim, não é possível a criação de um regime híbrido, conferindo-lhe as vantagens do regime estatutário com o contratual pela CLT.

Por conseguinte, respeitado o entendimento do MM. Juízo *a quo*, a r. sentença comporta reforma.

A ação é, pois, improcedente, invertidos os ônus de sucumbência, arcará o autor com o pagamento das despesas e das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo, por equidade, em R$ 500,00 (artigo 20, § 4º, do CPC), com a ressalva de que é beneficiário da Justiça.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento aos recursos oficial e voluntário da ré.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0118713-91.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ANTONIO MANOEL DA SILVA e Apelante JUÍZO *EX-OFFICIO*, é apelado/apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantiveram na íntegra o acórdão

Acesso ao Sumário

proferido, determinando a devolução dos autos à Presidência da Seção de Direito Público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.284)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Autos devolvidos para a turma julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, diante de entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da admissibilidade de cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria (art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.213/91), em sede de recurso especial processado no regime do art. 543-C do CPC – Caso em que, porém, o auxílio-acidente tem caráter vitalício, não alcançado por posterior alteração legal que vedou a cumulação com a aposentadoria – Observância do princípio "tempus regit actum" – Acórdão mantido.

VOTO

A r. sentença de fls. 117/119, cujo relatório se adota, julgou procedente ação acidentária proposta por Antonio Manoel da Silva, condenando o INSS a pagar-lhe auxílio-acidente de 50% do salário-de- benefício, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.213/91, com as alterações previstas na Lei nº 9.032/95, a partir do dia seguinte ao da alta médica (09/11/1996 – fls. 53/54), respeitada a prescrição quinquenal.

O acórdão de fls. 152/156 negou provimento aos recursos voluntários e deu provimento em parte ao recurso oficial, mantendo, contudo, o caráter vitalício do benefício.

Interposto recurso especial, a Presidência da Seção de Direito Público, considerando a orientação contida no julgamento do mérito do REsp 1.296.673/MG, DJe de 03/09/2012, no sentido de ser possível a cumulação do benefício de auxílio suplementar (auxílio-acidente) com proventos de aposentadoria quando a eclosão da lesão incapacitante, apta a gerar o direito ao auxílio-acidente, e a concessão da aposentadoria forem anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.213/91, promovida pela MP nº 1.596-14/97 (posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97), devolveu os autos à turma julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, em cumprimento ao disposto no

Acesso ao Sumário

art. 543-C, § 7º, do CPC.

É o relatório.

A jurisprudência do STJ, reafirmada no julgamento do recurso especial acima referido, representativo de controvérsia repetitiva, é no sentido de que "*A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991 (...), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997*".

Ocorre que, conforme já mencionado no acórdão, "*tendo o acidente ocorrido em 03/11/1995, o auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício observará o art. 86, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, como fixado pelo juízo 'a quo' às fls. 118, fazendo jus o obreiro a seu recebimento em caráter vitalício*" (fls. 155).

Está claro, pois, que o mal incapacitante é anterior à modificação legal introduzida pela Lei nº 9.528/97, que vedou a cumulação de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria (art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91).

Assim, os efeitos da nova regra não podem retroagir para alcançar situação anteriormente consolidada e por ela não abrangida.

Em outras palavras, no caso em tela, o auxílio-acidente, regrado pelo art. 86º, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, tem caráter vitalício, não inibido pela posterior alteração legal acima referida.

Ante o exposto, pelo meu voto, mantenho na íntegra o acórdão proferido. Devolvam-se os autos à Presidência da Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0029359-79.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – PPREV, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados MANUEL TERTULIANO DA SILVA e ANTONIO LIBÂNIO DE ARAÚJO NETO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o reexame necessário e deram provimento ao recurso voluntário das rés. V.U. Sustentou oralmente o dr. Luiz Furlan", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.610/2015)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JARBAS

GOMES (Presidente), RUBENS RIHL e LEONEL COSTA.

São Paulo, 25 de março de 2015.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE DESEMPENHO (GED) – Servidores Estaduais inativos. Gratificação instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.011/2007, regulada por meio do Ato nº 16/2007 da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa. Vantagem de caráter transitório e eventual que não se incorpora para qualquer fim. Sentença de procedência da ação reformada.

REEXAME NECESSÁRIO ACOLHIDO. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por *“MANUEL TERTULIANO DA SILVA e ANTONIO LIBANIO DE ARAÚJO NETO”* contra a *“FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV”* objetivando a percepção da “Gratificação Especial de Desempenho GED”, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.011, de 15 de junho de 2007, no valor que percebiam antes de se aposentarem.

A r. sentença de fls. 493-495, aclarada às fl. 514 e cujo relatório se adota, julgou a ação procedente, para condenar as rés na concessão da Gratificação Especial de Desempenho – GED, observando-se o princípio da isonomia, apostilando-se os títulos.

A mesma r. decisão condenou as rés no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação, metade para cada um das rés.

Há reexame necessário.

Inconformada, apela a vencida pleiteando a reforma do *decisum* (fls. 489-509) e adesivamente os autores (fls. 196-199vº).

O recurso foi recebido e processado nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 518), sobrevindo as respectivas contrarrazões (fls. 521-533).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, os autores são servidores públicos aposentados, vinculados à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, visando assegurar o direito à “Gratificação Especial de Desempenho – GED” instituída pela Lei

Acesso ao Sumário

Complementar Estadual nº 1.011/2007, ao argumento de se tratar de vantagem de caráter geral que deve alcança-los (inativos), nos termos do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal.

Eis a redação do artigo 3º, da referida Lei Complementar Estadual nº 1.011/2007:

> *Artigo 3º - Por indicação do Procurador-Chefe, do Secretário Geral de Administração, do Secretário Geral Parlamentar, ou de Chefe de Gabinete, a Mesa da Assembleia poderá, a seu critério, atribuir a servidores lotados e em exercício na Procuradoria, nas respectivas Secretarias Gerais e nos demais órgãos da Secretaria da Assembleia, Gratificação Especial de Desenvolvimento no valor correspondente a até o Nível I, Grau A, do cargo de Agente Técnico Legislativo, da Escala de Classes e Vencimento, Jornada Completa, Anexo VII, a que se refere o artigo 68, da Resolução nº 76, de 14 de outubro de 196, e alterações posteriores.*
>
> *Parágrafo único – Ato de Mesa regulamentará o disposto no "caput" deste artigo.*

Nesse diapasão, a regulamentação ocorreu por meio do Ato nº 16/2007 da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa, que em seu artigo 2º assevera que "*As autoridades referidas no artigo 3º da Lei Complementar nº 1011/07, de 15/06/2007, indicarão os servidores, lotados e em exercício nos Órgãos da Secretaria da Assembleia, a serem beneficiados e que se destacam na execução de suas tarefas por meio de compromisso, responsabilidade, produtividade e assiduidade, bem como fixarão o valor a ser recebido mensalmente, através de formulário próprio, quando da indicação à Mesa para atribuição da G.E.D.*"

Pela leitura dos aludidos dispositivos é fácil concluir que não se trata de gratificação genérica pagas a todos os servidores indistintamente, porquanto foi criada para beneficiar unicamente aqueles indicados por seus superiores hierárquicos que se destacarem no exercício da função, valendo-se dos critérios do artigo 2º, do Ato nº 16/2007 da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa (compromisso, responsabilidade, produtividade e assiduidade), com previsão expressa acerca da não incorporação da vantagem (Ato da Mesa Diretora nº 23/2007).

Acesso ao Sumário

Portanto, a hipótese é de gratificação de natureza *propter laborem*, que segundo o conceito de HELY LOPES MEIRELLES, "*é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições originárias do cargo.* ***O que caracteriza essa modalidade de gratificação é sua vinculação a um***

serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário**, ou a uma situação normal do serviço, mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. Nessa categoria de gratificações entram, dentre outras, **as que a Administração paga pelos trabalhos realizados** com risco de vida e saúde; pelos serviços extraordinários; pelo exercício do Magistério; pela representação de gabinete; **pelo exercício em determinadas zonas ou locais...

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias pro labore faciendo e propter laborem. Cessando o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos ou motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador". (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 19ª ed. p. 413).

Bem por isso, ainda que tais vantagens sejam recebidas por longo tempo, em razão do preenchimento dos requisitos previstos em lei, como já afirmado, não se incorporam ao vencimento sem que essa integração seja determinada por lei.

Em suma, a "Gratificação Especial de Desempenho – GED" foi instituída como forma de retribuir o desempenho de atividade dos servidores em atividade, mostrando-se indevida aos aposentados.

Curial, pois, a reforma da r. sentença, a fim de julgar improcedente a pretensão, invertidos os ônus da sucumbência.

Isto posto, acolhe-se o reexame necessário e se dá provimento ao recurso voluntário das rés.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0016872-05.2008.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado SINDUS MANUTENÇÃO E SISTEMAS INDUSTRIAIS LTDA..

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.748)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ

Acesso ao Sumário

BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 12 de março de 2015.

FRANCISCO OLAVO, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO – ISS INCIDENTE SOBRE ATIVIDADES DE MANUTENÇÃO – ENQUADRAMENTO NO SUBITEM 68-B DA LISTA ANEXA À LEI MUNICIPAL 7.614/1997 – CONSTATADA, POR MEIO DE PERÍCIA, A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO EM AUTOMAÇÃO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA MUNICIPALIDADE AO LAUDO PERICIAL – CAPITULAÇÃO EQUIVOCADA – ADEQUAÇÃO AO SUBITEM 68-A DA REFERIDA LEI – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – APLICAÇÃO, *IN CASU*, DO ART 21, *CAPUT*, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA.

Reexame necessário e recursos voluntários improvidos.

VOTO

Trata-se de ação anulatória que tem como objeto crédito relativo ao ISS incidente sobre serviços de manutenção, apurado em auto de infração (fls. 113/119), ajuizada em face da Prefeitura Municipal de Santo André.

Contestação juntada a fls. 580/588, seguida de réplica de fls. 602/609.

Sobreveio a r. sentença (fls. 1140/1142) que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular o lançamento do ISS sobre os serviços objeto do contrato 21/98, no período de março de 1998 a agosto de 2002, e determinar que o novo lançamento observe o enquadramento previsto no item 68-A da lista anexa à Lei Municipal 7.614/97, persistindo a higidez da autuação em relação ao contrato 68/98. Cada parte foi condenada a arcar com 50% das custas e das despesas processuais, com compensação da verba honorária.

Reexame necessário e apelação voluntária da Municipalidade (fls. 1147/1161), arguindo esta em preliminar a nulidade da sentença, por suposta violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como dos arts. 236, § 1º, e 247, ambos do CPC. No mérito, busca a reforma, aos seguintes argumentos, em síntese: a decisão proferida é contrária às provas dos autos, uma vez que não há demonstração, tanto nos documentos juntados pela autora

Acesso ao Sumário

como no laudo pericial, de que foram prestados serviços de manutenção em automação industrial; ressalta-se que não há qualquer referência a tal atividade no objeto social da empresa, tampouco no contrato 21/98; a r. sentença afrontou o disposto nos arts. 131 e 333, I, ambos do CPC.

Apela adesivamente a autora (fls. 1194/1200), buscando a reforma parcial da r. sentença, para que a Municipalidade seja condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, uma vez que não foi sucumbente, pois, ao contrário do que constou na r. decisão, não pretendeu obter a anulação total do auto de infração.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 1204/1212 e1216/1220).

É o relatório do essencial.

Rejeito a preliminar arguida.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, pois, como bem frisado pela Juíza da causa a fls. 1163, item 1, a Municipalidade tomou ciência inequívoca do despacho de fls. 1109, que concedeu o prazo de 10 dias para manifestação sobre o laudo pericial, em 2.2.2011, por meio de carga dos autos, nos termos do provimento CG 04/2006, por seu estagiário, Tiago Henrique Leal Sposito, OAB 183.347-E, conforme requerimento juntado a fls. 1111.

Ressalta-se, ainda, que nas razões finais de fls. 1127/1132, mesmo com várias menções ao laudo pericial, não houve qualquer alegação, naquela oportunidade, da suposta falta de intimação, levantada somente agora em sede recursal.

Inexistente, pois, a nulidade aventada, fica afastada a preliminar.

No mérito, os recursos oficial e voluntário da Municipalidade não comportam provimento.

A autora possui o seguinte objeto social, nos termos da cláusula segunda do contrato de fls. 22/34:

A Sociedade terá por objeto social: a) a prestação de serviços de manutenção industrial em equipamentos elétricos, instrumentação de processo e laboratório, e mecânicos em geral; b) a indústria, comércio, importação, exportação e assistência técnica de equipamentos, peças e acessórios no ramo de eletrônica digital e analógica; e, c) serviços de representações industriais por conta própria ou de terceiros.

Acesso ao Sumário

O item 68 da lista de serviços anexa à Lei Municipal 7.614/1997, aqui reproduzida a fls. 495/525, está assim redigido:

68 - Conserto, restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto o fornecimento de peças e partes, que fica ao ICMS):

***68 A** - equipamentos de informática e automação;*

Jurisprudência - Direito Público

***68 B** - demais casos.*

A autora foi autuada em virtude da falta/insuficiência de recolhimento do ISS incidente sobre os serviços previstos nos contratos 21/98 (fls. 76/85) e 68/98 (fls. 87/96).

No que concerne ao contrato 21/98, para efeito de recolhimento do ISS, houve enquadramento dos respectivos serviços no subitem 68-B da referida lei.

Inconformada com o referido enquadramento fiscal a autora impugnou o respectivo lançamento, sob o argumento de que foram prestados serviços de automação, capitulados, portanto, no subitem 68-A e não no 68-B da lei municipal.

Tal alegação, ao contrário do afirmado pela Municipalidade, foi efetivamente constatada na perícia realizada.

Da análise do laudo pericial de fls. 691/1105 depreende-se, especialmente das respostas aos quesitos formulados pela Municipalidade (fls. 699/701), que a autora, em decorrência do contrato 21/98, efetuou serviços relativos a automação industrial no período autuado.

De fato, tomando-se, a título de exemplo, o quesito nº 11, que bem traduz o cerne da questão debatida, infere-se da resposta do Sr. Perito a fls. 701 a existência de atividades ligadas à automação, nos seguintes termos:

11. É possível afirmar com segurança que o contrato de prestação de serviços 21 de 1998, acostado aos autos em fls. 77-87, versa exclusivamente sobre prestação de serviços de manutenção à equipamentos de automação industrial?

***Resposta**: O anexo I do contrato versa sobre serviços de manutenção dos analisadores instalados nas malhas de automação. Vide fls. 82-85.*

Ressalta-se, ainda, a conclusão do *expert* a fls. 702, que segue transcrita:

V. Conclusão

Este trabalho teve por objetivo verificar as condições em que os serviços foram prestados e analisar se a Autora atuou na manutenção de equipamentos de informática ou automação.

A empresa visitada é uma indústria química cujos processos de transformação da matéria-prima e descarte de resíduos devem ser constantemente monitorados, isto é, medidos, analisados, controlados e registrados. Estas funções são desempenhadas por dispositivos que fazem parte de uma cadeia de interligação, que promove as correções no processo mediante parametrização prévia.

Fazem parte integrante de um circuito de automação dispositivos sensores, indicadores e transmissores, indicadores e controladores, registradores, analisadores, alarmes e chaveamentos, que estão conectados a um armário de ligação física alocado em uma sala de controle que envia os sinais para

Acesso ao Sumário

correção do processo através de uma rede.

A correção dos processos vistoriados é efetuada de forma autônoma e exige profissionais qualificados para manter os equipamentos da cadeia calibrados dentro da faixa exigida, a fim de manter os padrões produtivos ou de descarte.

A Autora atua na manutenção corretiva e preventiva dos dispositivos que integram os diagramas de malha dos analisadores periciados.

Finalizando, o Perito considera a indústria visitada, como uma indústria química que necessita de profissionais qualificados para manutenção dos processos que são automáticos*.*

Referida perícia foi cuidadosamente elaborada - com vistoria efetuada nas dependências da empresa Solvay do Brasil S.A., tomadora dos serviços previstos no contrato 21/98 (fls. 692), bem como com a análise dos documentos discriminados a fls. 693, inclusive a cópia do anexo II do referido contrato.

Por outro lado, a Municipalidade, além de não indicar assistente técnico para acompanhar os trabalhos periciais (fls. 692), não impugnou no momento oportuno, como visto anteriormente, o referido laudo (fls. 1117).

Devem prevalecer, portanto, os sólidos argumentos lançados pelo imparcial Perito Judicial.

Do mesmo modo o recurso da autora não comporta provimento.

Da análise da petição inicial depreende-se claramente que foram formulados diversos pedidos, sendo certo que a r. sentença tão-somente acolheu aquele referente à adequação do enquadramento fiscal ao subitem 68-A.

Os demais pedidos articulados pela autora - quitação dos valores recolhidos pela prestação de serviços de metrologia, anulação do auto de infração e extinção da execução fiscal - expressamente requeridos a fls. 17/18, itens IV e V, foram rejeitados pela r. sentença, acarretando, assim, sua parcial sucumbência.

Correta, portanto, nos termos do disposto no *caput* do artigo 21 do CPC, a repartição da sucumbência, recíproca e de igual proporção, definida pelo Juízo da causa.

De rigor, pois, a manutenção da r. sentença de fls. 1140/1142.

Para fins de acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se expressamente prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Isto posto, nego provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0086607-31.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conhece-se do conflito e julga-se-o procedente, para estabelecer a competência da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ora suscitada, para o processamento e julgamento do presente feito, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 21.059)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto).

São Paulo, 6 de março de 2015.

WANDERLEY JOSÉ FREDERIGHI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de cobrança movida por empresa contra Prefeitura Municipal, visando à condenação desta no pagamento de verbas não solvidas, referentes a contrato administrativo – Ação julgada improcedente em primeiro grau – Recurso de apelação interposto pela autora – Recurso originalmente distribuído para a 1ª Câmara de Direito Público, que declina da competência para a 7ª Câmara de Direito Público, em virtude de alegada prevenção – Conflito de competência suscitado pela 7ª Câmara de Direito Público – Inexistência, em verdade, da propalada prevenção, posto que a ação anterior teria sido julgada pela 7ª Câmara "C", que não mais existe – Inteligência do art. 110 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Conflito de competência procedente, para fixar a competência da Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de Conflito Negativo de Competência, suscitado pela Colenda **7ª Câmara da Seção de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 493/497), em relação à Colenda **1ª Câmara da Seção de Direito Público** do mesmo Tribunal, sendo pertinente aduzir-se que cuida-se, aqui, de recurso de apelação, interposto em sede de ação de cobrança pelo rito ordinário, ajuizada por DELTA AUDITORES ASSOCIADOS LTDA. (proc. n. 0029583-70.2012.8.26.0564, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Bernardo do Campo), que por ela é movida contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, em virtude da falta de pagamento por serviços prestados pela autora, decorrentes de contrato administrativo celebrado entre as partes, referente ao levantamento e revisão de declarações de dados necessários à apuração de índices de participação dos Municípios do Estado de São Paulo no produto da arrecadação do ICMS-DIPAM, do exercício de1996, ano-base 1995. A mencionada ação foi julgada extinta, pelo reconhecimento da existência da prescrição.

Após regular tramitação do referido recurso, a Colenda 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente determinou, por meio de Acórdão da lavra do ínclito Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI (fls. 481/485), a redistribuição do recurso à Colenda 7ª Câmara de Direito Público desta Corte, entendendo a mesma que a prevenção verificou-se, na medida em que a referida Câmara havia julgado recurso atinente ao mencionado processo anteriormente.

Redistribuído o recurso à 7ª. Câmara de Direito Público, sobreveio então o novo Acórdão, da lavra do ínclito Desembargador COIMBRA SCHMIDT, que suscitou o conflito negativo de competência, refutando as alegações contidas na decisão anterior (fls. 493/498).

É o relatório.

Conquanto não se ignore a polêmica que vem se registrando seguidamente, no que toca aos limites da competência das Câmaras de Direito Público, entendo que o recurso de apelação, nos autos da presente ação ordinária, *deve ser conhecido e julgado pela Câmara de origem; ou seja, a Colenda 1ª Câmara de Direito Público deste Tribunal*, na medida em que, em verdade, não ocorreu a propalada prevenção da 7ª Câmara de Direito Público.

Senão, vejamos.

O douto Desembargador VICENTE AMADEI aduziu que, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, na qual figuram as mesmas partes do presente processo, "*o mencionado contrato de prestação de serviços n. 263/96 foi objeto de exame e julgamento, no foco de sua legalidade, ou não, também em análise conjugada à repercussão da Súmula 13 do TCE sobre o*

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

negócio jurídico administrativo, conforme se colhe no v. acórdão da 7ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, Ap. n. 608.284.5/6-00, rel. Des. Jair de Souza, julgada em 29/11/2010 (fls. 174/185).

"O caso, então, aponta para o risco de julgamentos conflitantes, acerca da qualificação jurídica do mesmo contrato administrativo, que impõe a prevenção de Câmara em segundo grau de jurisdição" (fls. 483/484).

Destarte, por entender ter se verificado a propalada prevenção, o digno Desembargador determinou, ao final, que não se conhecia do recurso interposto, redistribuindo-se o feito, ante a apontada prevenção da 7ª Câmara de Direito Público (fl. 485).

A isto opôs-se o V. Acórdão de fls. 493/497, tendo o digno Desembargador COIMBRA SCHMIDT aduzido que a referida ação precedente fora julgada pela 7ª Câmara "C", cuidando-se de questão atinente a improbidade administrativa, que teria sido apontada pelo Tribunal de Contas do Estado, constituindo-se, assim, outra *causa petendi*, bem como outro pedido, "*havendo identidade apenas entre as partes, insuficiente para caracterizar conexão que induz a prevenção disciplinada no art. 105 do Regimento Interno*" (fls. 495/496). De outro lado, sendo a 7ª Câmara "C" temporária e já não se encontrando mais em atividade, estaria cessada a prevenção, cabendo a livre distribuição de novos recursos interpostos pelas partes.

É de se entender, em que pese o respeito de que é merecedor o ínclito Desembargador VICENTE AMADEI, que a razão, *in casu*, está com a colenda Câmara suscitante, sendo cabível, efetivamente, que a questão venha a ser decidida pela E. 1ª Câmara de Direito Público deste Tribunal.

Ainda que seja questionável a argumentação de que o pedido e a causa de pedir seriam diferentes da ação original, em face do disposto no art. 105 do novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o fato é que o julgamento da ação civil pública originária deu-se, como referido pelo digno Relator, à fl. 494, pela *7ª Câmara "C"*, Câmara esta que, atualmente, *encontra-se extinta.*

Aplicável, destarte, ao caso, o disposto no texto do art. 110 do referido Regimento, que assim dispõe: "Os julgamentos por câmara temporária ou extinta não firmam prevenção para outros feitos ou incidentes relativos à mesma causa, nem os juízes que deles participaram tornam-se certos para os julgamentos posteriores, salvo as hipóteses de embargos de declaração, embargos infringentes e de conversão do julgamento em diligência".

A propalada *prevenção*, em verdade, não se verifica. O que se constata é que a decisão desta Corte, referida pela Câmara suscitada, foi proferida pela 7ª Câmara "C", da Seção de Direito Público desta Corte, consistindo tais Câmaras, como é sabido no meio jurídico, em *agrupamentos provisórios* de magistrados,

Acesso ao Sumário

sob a presidência de um Desembargador, para o fim de julgamento de acúmulo de processos nesta Corte, o que se intentou fazer até recentemente.

Ou seja; a referida Câmara *não mais existe*, razão pela qual os feitos pela mesma julgados não obedecem ao instituto da prevenção. Pura e simplesmente, não se há de falar que uma Câmara que não está mais funcionando encontra-se preventa para o julgamento do presente recurso.

De outra banda, como não se trata, *in casu*, de embargos de declaração, embargos infringentes ou conversão de julgamento em diligência, como referido nas exceções previstas ao final do mencionado art. 110 do Regimento Interno, nada há a se fazer, merecendo, efetivamente, ser distribuído livremente o presente recurso, tal qual originalmente se procedeu.

Anoto, para os devidos fins, à guisa de precedente, o julgamento do Agravo de Instrumento n. 990.10.050814-8, da E. 12ª Câmara de Direito Público desta Corte, do qual fui o relator, julgado no mesmo sentido do presente voto, por votação unânime, assim ementada:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de indenização – Danos materiais e danos morais – Fase de liquidação – Aplicação pelo magistrado da multa prevista no art. 475-J do CPC – Insurgência da recorrente, por meio do presente recurso – Cabimento – Cálculo que teria se utilizado do valor incorreto do salário-mínimo – Iliquidez do *quantum debeatur* que infirma a aplicabilidade da multa – Recurso provido.

"PRELIMINAR – Prevenção da Câmara que julgou o recurso de apelação – Descabimento – Câmara "B" que não mais funciona – Preliminar rejeitada".

Destarte, apesar do entendimento e da inegável cultura do nobre Desembargador, ao proferir a r. decisão de fls. 481/485, meu pronunciamento, s.m.j. de meus nobres pares nesta Turma Especial, é no sentido de que a competência para o processamento e julgamento do caso *sub judice* é, por consequência, da *1ª Câmara de Direito Público* do nosso Tribunal de Justiça, que recebeu a distribuição do recurso *ab initio.*

Com isto, por meu voto, conhece-se do conflito e **julga-se-o procedente, para estabelecer a competência da 1ª Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ora suscitada, para o processamento e julgamento do presente feito.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2000865-67.2015.8.26.0000, da Comarca de Cafelândia, em que é impetrante MUNICÍPIO DE CAFELÂNDIA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CAFELÂNDIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a segurança. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6778)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Nulidade da CDA declarada de ofício – Presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo – Requisitos do art. 202 do CTN e, § 5º, do art. 2º, da Lei 6.830/80, atendidos, de modo a possibilitar o efetivo direito de defesa pelo executado – Ordem concedida.

VOTO

Acesso ao Sumário

Mandado de Segurança contra decisão que rejeitou os embargos infringentes opostos em face da sentença extintiva da execução fiscal[1] (fls. 20/21 e 33), promovida em face de *Maria Dolores Ferreira Adorno*, fundamentada na nulidade da certidão da dívida ativa, em razão da ausência da fundamentação legal do tributo cobrado.

Sustenta o impetrante que a Certidão de Dívida Ativa atende aos requisitos do art. 202, do CTN e, § 5º, do art. 2º, da Lei 6.830/80, uma vez que contem fundamentação legal do tributo e dos acréscimos de multa, juros e atualização monetária (Leis Municipais 1008/66 e 2.730/03), e que não há qualquer prejuízo à defesa do executado, uma vez que todos os elementos necessários à identificação do tributo estão presentes, daí propugnando pela concessão da

1 Valor da causa em janeiro 2015: R$ 384,40.

ordem para que o executivo fiscal prossiga.

Indeferida a liminar, vieram informações.

Relatado.

Não há que se falar em nulidade da Certidão da Dívida Ativa, apenas sob o aspecto formal, posto que atendidos os pressupostos do art. 202, do CTN e, do § 5º, do art. 2º, da Lei 6.830/80, a conferir força executiva à cártula.

Ainda que assim não se entenda, o aspecto meramente formal do ato não pode prevalecer em detrimento do seu conteúdo e eficácia, pois só os atos nulos devem ser declarados de ofício, se não alcançado o objetivo jurídico, conforme a conhecida máxima *pas de nullité sans grief* (CPC, art. 249, § 1º), em respeito ao princípio da instrumentalidade e eficácia das formas processuais (cfr. "Teoria Geral do Processo", *Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco*, 2ª Ed. RT, pág. 308).

Aliás, a jurisprudência tem interpretado as regras processuais com prevalência do caráter instrumental e teleológico, afastando- se da exegese literal para reconhecer a *tese de que os requisitos formais que a lei impõe à Certidão de Divida Ativa têm a finalidade precípua de identificar a exigência tributária e proporcionar meio ao executado de defender-se contra ela*, conforme diversos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Esse também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como expresso no julgamento do AgRg no Ag 1153617/SC, em que foi Relator o Ministro CASTRO MEIRA, ao aplicar o princípio da instrumentalidade dos atos ao decidir que *a existência de vícios formais na Certidão de Dívida Ativa apenas leva a sua nulidade se causar prejuízo ao exercício do direito de ampla defesa*, descabendo exigir rigor no cumprimento das formalidades, sem demonstração do efetivo prejuízo decorrente da preterição formal.

No caso dos autos, verifica-se que a CDA contém os requisitos necessários à compreensão do ato, de modo a possibilitar o efetivo direito de defesa pelo executado.

Daí porque, **concede-se a segurança** para determinar o prosseguimento da execução fiscal.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

0000551-58.2014.8.26.0076, da Comarca de Bilac, em que é recorrente JUIÍZO "EX OFFICIO", são recorridos C.L.M.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e G.L.M. (E POR SEUS FILHOS).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário, v.u., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.208)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2015.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: ENSINO FUNDAMENTAL – Mandado de Segurança – Indeferimento da matrícula, no primeiro ano do ensino fundamental no ano letivo de 2014, de criança nascida após 24 de novembro de 2007 – Ato administrativo de restrição à matrícula que não deverá subsistir – Resolução nº 07/2010 dissonante dos direitos ordenados no artigo 208, incisos I, IV e V, da Constituição Federal – Garantia de acesso ao ensino fundamental a partir dos cinco anos de idade e possibilidade ao acesso a níveis mais apurados do ensino, segundo a capacidade de cada indivíduo – Concessão da segurança mantida – Recurso oficial não provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança interposto em favor do menor impúbere, C.L.M.S., menor, representada por sua genitora, G.L.M., em face do Diretor da Emeif "General Lima Figueiredo", consistente no impedimento de ser matriculada no ano letivo de 2014 para cursar o 1º ano do ensino fundamental, sob o argumento de que necessária idade mínima para cada sala de aula, nos termos da Resolução nº 7, de14 de dezembro de 2010, do Conselho Nacional de Educação.

Sustenta a impetrante, em síntese, que seu acesso ao ensino fundamental não poderá ser negado, pois, completa 6 (seis) anos em 24 de junho de 2014 e mantém em igualdade de condições com aquelas crianças que até esta data já completaram a idade exigida, sendo inconstitucional o obstáculo imposto (fls. 02/19).

Acesso ao Sumário

A liminar foi deferida (fl. 28).

A r. sentença de fls. 49/53, cujo relatório se adota, concedeu a segurança, por considerar presentes o direito líquido e certo do acesso da impetrante aos níveis mais elevados de ensino.

Há apenas recurso de ofício.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu seu r. parecer pelo improvimento (fls. 74/78).

Acerca do despacho de fl. 80, as partes não se manifestaram (fl. 82).

É o relatório.

Merece mantença a r. sentença hostilizada. Senão, vejamos.

Infere-se dos autos que a impetrante completou 6 (seis) anos de idade em 24 de junho de 2014 (fl. 22) e pretende assegurar sua matricula na primeira série do ensino fundamental para o ano letivo de 2014, bem como nos sucessivos anos, independentemente deste fator idade.

Considerando-se que o ingresso à rede de ensino possui caráter compulsório e não meramente facultativo, nos termos do artigo 205, da Constituição Federal:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

No que tange ao Ensino Fundamental, a Lei nº 11.274, de 06 de fevereiro de 2006, que alterou a redação dos artigos 29, 30, 32 e 87, da Lei nº 9.394/1996, estabelece, expressamente, quanto à duração de 09 (nove) anos para o Ensino Fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 06 (seis) anos de idade e assim dispõe:

“Art. 3º – O artigo 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 32 – O ensino fundamental obrigatório, com duração de 09 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 06 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

(...)

Art. 4º – O § 2º e o inciso I do § 3º do artigo 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 87 – (...)

§ 2º – O poder público deverá recensear os educandos no ensino fundamental, com especial atenção para o grupo de 06 (seis) a 14 (quatorze) anos de idade e de 15 (quinze) a 16 (dezesseis) anos de idade.

§ 3º – (...)

Acesso ao Sumário

I – matricular todos os educandos a partir dos 06 (seis) anos de idade no ensino fundamental:

(...)"

E, considerando a regulamentação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, foram concebidos critérios para definir os procedimentos do programa de matrícula escolar para o cadastramento e o atendimento à demanda do ensino fundamental na rede pública de ensino através da edição da Resolução nº 7, de14 de dezembro de 2010, do Conselho Nacional de Educação, segundo a qual o limite de idade para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental poderá ser estendido para seis anos completos até 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula:

Art. 8º O Ensino Fundamental, com duração de 9 (nove) anos, abrange a população na faixa etária dos 6 (seis) aos 14 (quatorze) anos de idade e se estende, também, a todos os que, na idade própria, não tiveram condições de frequentá-lo.

§ 1º É obrigatória a matrícula no Ensino Fundamental de crianças com 6 (seis) anos completos ou a completar até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, nos termos da Lei e das normas nacionais vigentes.

§ 2º As crianças que completarem 6 (seis) anos após essa data deverão ser matriculadas na Educação Infantil (Pré-Escola).

Daí, segundo os critérios adotados pela Resolução em comento, o infante que completou seis anos de idade até o dia 31 de março de 2014 terá sua matricula garantida para cursar o primeiro ano do Ensino Fundamental no ano letivo de 2014. Já a criança com seis anos completos a partir de 01 de abril de 2014, compulsoriamente terá seu ingresso no ensino fundamental postergado para janeiro de 2015, quando já contar com seis anos e seis meses de idade, ultrapassando, pois o limite etário estabelecido pela Lei nº 11.274/2006.

Contudo, a Constituição Federal, visando a implementação do direito à educação básica, prescreve em seu artigo 208, incisos:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Acesso ao Sumário

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

(...)"

Tem-se, pois, que a Constituição Federal tornou obrigatória a educação básica e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade (inciso I), assegurando, inclusive, que a educação infantil deverá ser prestada, em creche ou pré-escola, até os cinco anos.

Partindo-se da premissa que a educação infantil é garantida ao educando **até os cinco anos**, temos que o acesso a etapa seguinte - Ensino Fundamental, deve vir imediatamente após, ou seja, **a partir dos cinco anos e um dia de idade**, não sendo minimamente razoável que a criança que complete seis anos até 31 de março o direito à matrícula e a partir daí, já com seis anos, tenha que aguardar o próximo ano letivo.

Esse, aliás, é o entendimento prelecionado pela Professora e Mestre **Dâmares Ferreira**, em seu artigo sobre o direito de acesso ao ensino fundamental: "*Por óbvio, sendo a educação básica um* **continuum** *obrigatório, se a oferta da educação infantil, segundo a Constituição, dar-se-á apenas até os 5 anos, aos educandos com 5 anos e 1 dia o constituinte garantiu o ingresso na primeira série do ensino fundamental de 9 anos; salvo se esta estiver inapta para fazê-lo, nos termos do art. 208, V, da Carta Maior - o que demanda comprovação técnica e não mera conveniência política e/ou econômica - típica invocação da cláusula 'reserva do possível' - dos sistemas de ensino. Note-se que o direito dos educandos com 5 anos e um dia ao acesso ao ensino fundamental tem seu fundamento na obrigatoriedade imposta ao Estado de oferta desta etapa educacional. E, a relação jurídica, entre educando e Estado, decorre do próprio texto constitucional. Qualquer norma inferior que disponha de maneira diversa está fadada a ser expulsa do ordenamento jurídico*." (FERREIRA, Dâmares. O direito de acesso ao ensino fundamental de 9 anos. A competência estadual para regulamentar o corte etário e a inconstitucionalidade da resolução CNE/CEB n° 1/2010 - NBR 6023:2002 ABNT).

Como se vê, a limitação imposta pela Resolução nº 7, de 14 de dezembro de 2010, do Conselho Nacional de Educação, está em dissonância com o artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, na medida em que o impetrante completou seis anos em 24 de novembro de 2013 e, mesmo assim, quando já franqueado o seu ingresso no ensino fundamental, teria seu pleito de matrícula indevidamente indeferido, ato administrativo que felizmente foi reformado a tempo (fls. 38/40).

Portanto, o caso é de confirmação da concessão da ordem.

Diante do exposto, nega-se provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7007502-89.2014.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante ANDERSON MARIA DE SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.976)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SOUZA NERY e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Alegada falta de fundamentação da sentença – Inocorrência – Somente a sentença não motivada é passível de nulidade, cf. dispõe o art. 381, III do CPP – A fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida – Indeferimento de livramento condicional – Ausência do requisito subjetivo – Sentenciado condenado por tráfico ilícito de entorpecentes e lesão corporal – Insuficiente o bom comportamento carcerário, o qual não se confunde com aptidão ao convívio social – Precedentes pretorianos – Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Relatório

Cuida-se de agravo em execução penal interposto contra a r. decisão de fl. 25, que indeferiu a concessão de livramento condicional e promoveu o reeducando ao regime semiaberto.

Alega o agravante, em síntese, que a r. decisão deve ser cassada, porquanto

preenche os requisitos previstos na Lei de Execução Penal para a concessão do benefício. Salienta, em acréscimo, que a mencionada decisão feriria o *princípio da legalidade*, por suposta ausência de fundamentação idônea. Afirma, ainda, que o livramento condicional não está condicionado à progressão de regime, não havendo, pois, necessidade de vivenciar o regime semiaberto para merecer o benefício. Portanto, tal exigência careceria de amparo legal. Aduz, outrossim, que possui boa conduta carcerária, devidamente atestada.

Requer a reforma da r. deliberação, a fim de que seja concedido o livramento condicional (fls. 30/35).

Nos autos estão a resposta do agravado (fls. 37/41), o despacho que confirmou a r. decisão (fl. 42) e o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo provimento do recurso (fls. 46/50).

Voto n. 25.976

Respeitosamente, nego provimento ao agravo interposto e justifico.

-1-

Data vênia, a r. decisão de primeiro grau não carece de fundamentação. Não se há confundir concisão com ausência de fundamentação. A hipótese é de objetividade e não de lacuna.

Não parece, com todo o respeito, de todo equivocado concluir que o silêncio judicial acerca de determinado tema importou a sua rejeição.

Cf. adverte Mário Guimarães, a propósito do tema, "*não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes, claro que, se o juiz acolhe um argumento bastante para sua conclusão, não precisa dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não*" ('O Juiz e a Função Jurisdicional', 1ª ed., Forense, 1958, § 208, pág.350).

Nesta mesma linha há precedente jurisprudencial (RT 413/325) dispondo que não se exige do Magistrado "*que rastreie e acompanhe pontualmente toda a argumentação dos pleiteantes, mormente se um motivo fundamental é poderoso a apagar todos os aspectos da controvérsia*".

E, ainda, nos termos do disposto na RJTJSP 11/114, o Juiz não está obrigado a "*ater-se aos fundamentos indicados pela parte e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Os requisitos da decisão judicial não estão subordinados a quesitos. A motivação da decisão, observada a 'res in judicium deducta', pode ter fundamento jurídico e legal diverso do suscitado.' (cfr.)*".

Com efeito, discorrendo sobre a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, que "constitui uma conquista da nossa civilidade jurídica", explica Paolo Tonini, professor de Florença, como deve ser entendida a exigência da motivação: "Isso não significa que o juiz deve argumentar sobre todo e

Acesso ao Sumário

qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário que o juiz exponha a motivação de tudo que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão" (La prova penale, trad. bras. de Alexandra Martins e Daniela Mróz, 1ª ed., RT, 2002, pág. 104).

Sem dúvida, "Somente a sentença não motivada é passível de nulidade. A fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida" (STJ, 5ª T., RHC 3.768-7/PB, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, in RSTJ, 69/126). No mesmo sentido, ainda, outros pronunciamentos do Col. Supremo Tribunal Federal (RTJ, 73/220, 84/797 e 101/145; RT, 556/406), do mesmo E. Superior Tribunal de Justiça (RSTJ, 90/389), do nosso E. Tribunal de Justiça (RT, 621/300, 639/298 e 743/609; RJTJ, 104/340, 111/414, 115/207 e 138/449; JTJ-SP, 218/348, 225/305, 226/292 e 236/289) e ainda desta Corte (RT, 736/649; JTACrim, 64/354; RJDTACrim, 5/171, 11/150, 26/189, 29/260 e 41/195).

-2-

O agravante cumpre pena de um total de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de roubo, com término da expiação previsto para 23.11.2015 (fls. 6/10).

-3-

Prematura a concessão do livramento condicional ao sentenciado, devendo ele, como bem decidido por S. Exa., o MM. Juiz, vivenciar o regime intermediário, a fim de demonstrar que irá absorver a terapêutica penal. Ademais, o agravante foi condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes e lesão corporal, o que demonstraria, a esta altura pelo menos, despreparo para gozar de livramento condicional, pondo em risco o processo de ressocialização.

Assim vem decidindo esta Corte, "Correta a decisão do MM. Juiz 'a quo', pois, para ser concedido o livramento condicional, o sentenciado deve passar primeiro pelo regime intermediário, como prova que irá absorver a terapia penal, para posteriormente fazer jus ao livramento" (9ª Câm. Crim., *Habeas Corpus* n. 0021596-60.2011.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Midolla, j. de 24.3.2011).

No mesmo teor, "Em resumo, a necessidade da permanência em regime intermediário antes de conferir livramento condicional aos sentenciados que, juridicamente, já cumpriram os requisitos para tanto, busca fornecer maior efetividade à norma" (9ª Câm. Crim., Agravo de Execução Penal n. 0288029-62.2011.8.26.0000, rel. Des. Roberto Midolla, j. de 19.4.2012).

Acesso ao Sumário

Não se esqueça do escólio, "(...) apesar de não ser obrigatória a passagem do reeducando pelo regime intermediário, antes da concessão do livramento condicional, em alguns casos, como este, isso se faz necessário como prova de que tenha absorvido a terapia penal" (9ª Câm., Crim., Agravo de Execução

Penal 0275828-38.2011.8.26.0000, rel. Des. Roberto Midolla, j. de 22.3.2012).

Importante, ainda, salientar que a gravidade dos crimes (deliberadamente eivados de violência e grave ameaça) e mesmo a duração da pena tornam necessário – exatamente em razão da conduta social precedente – um maior rigor na verificação do requisito subjetivo, uma vez que a colocação do sentenciado em liberdade, onde não se pode reconhecer vigilância estatal eficaz (**arts. 3º do CPP e 335 do CPC**), ampliam as possibilidades de recidiva, provocando risco para a segurança da sociedade, muito embora não constituam, isoladamente, causas impeditivas da concessão da benesse.

Frise-se, ainda, que eventual dúvida a respeito da presença do requisito subjetivo se resolve em prol da sociedade.

Nesse sentido julgado desta Corte: "(...) levando-se em consideração que, em fase de execução, vige o princípio "in dúbio pro societate", mostra-se de todo conveniente que o sentenciado permaneça tempo suficiente no regime mais rigoroso para que possa ser mais bem observado e se constate de maneira irrefutável sua aptidão e adaptação para o gradual retorno ao convívio em sociedade" (5ª Câm. Agravo de Execução 0178214-33.2011.8.26.000, rel. Des. Tristão Ribeiro, j. de 24/05/12).

Assim, para a concessão do livramento condicional não basta o preenchimento do requisito objetivo, devendo ser observadas a submissão do sentenciado às regras, a cessação de sua periculosidade, assimilação da terapêutica penal, existência de comportamento carcerário satisfatório, entre outros requisitos.

Como afirma o Professor Rodrigo Iennaco, "O bom comportamento carcerário pode representar adaptação às regras da prisão, que se distanciaram gradativamente das regras do convívio social em liberdade" (RT, 838/454).

Por fim, nem se olvide que no prontuário do sentenciado consta a existência de infrações disciplinares de natureza grave, sendo a última delas consistente em abandono da unidade prisional (fl. 9).

Ante o exposto, nos termos do voto, nego provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0076917-75.2014.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante THIAGO RIBEIRO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24483)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Incidente de excesso à execução – Declaração de intempestividade – Analogia do prazo conferido ao recurso de agravo – Inadmissibilidade – Intempestividade afastada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal contra a r. decisão de fls. 151 que deixou de conhecer do incidente de excesso de execução em razão da intempestividade.

Sustenta a defesa a nulidade da decisão, argumentando que o incidente pode ser suscitado a qualquer tempo, razão pela qual a LEP deixou de referir-se ao prazo para o seu ajuizamento.

Contraminuta a fls. 161/166, concordando o Ministério Público com o pedido.

Decisão de manutenção a fls. 167.

A d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do recurso (fls. 171/173).

É o relatório.

O agravo comporta provimento.

A defesa suscitou "*incidente de excesso à execução*" com fundamento no art. 185 da LEP junto ao juízo das execuções penais em relação à decisão administrativa que imputou ao detento a falta grave e lhe impôs as respectivas sanções.

Todavia, entendeu o juízo ser o incidente intempestivo, aplicando, por analogia, o mesmo prazo utilizado para o recurso de agravo (cinco dias).

Razão assiste à defesa, vez que, além de a LEP não indicar o prazo para o ajuizamento do excesso à execução, este não pode ser tratado como se recurso fosse, vez que sua natureza é incidental, podendo, portanto, ser suscitado a qualquer tempo, tão logo seja verificado o excesso ou o desvio na execução da

Acesso ao Sumário

pena.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0088152-39.2014.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado EDUARDO HENRIQUE DA SILVA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para cassar a r. decisão atacada e determinar que o agravante seja submetido a exame criminológico, após o qual o pedido de progressão de regime deverá ser reapreciado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 10 de março de 2015.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – Concessão em primeiro grau – Inconformismo ministerial – Pleito de realização de exame criminológico para verificação do requisito subjetivo – Necessidade – Agravado condenado por crime grave, perpetrado mediante violência e grave ameaça, a recomendar sua submissão ao exame criminológico para aferição segura do mérito a progressão – Inteligência da Súmula 439, do STJ – Precedente. Recurso provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo **Ministério Público** contra decisão que promoveu o ora agravado **Eduardo Henrique da Silva** ao regime semiaberto (fls. 25).

Sustenta o agravante, em síntese, que o requisito subjetivo não restou

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

suficientemente demonstrado, sobretudo em razão da gravidade dos fatos pelos quais o sentenciado cumpre pena, aliado à longevidade de sua reprimenda, de maneira que o exame criminológico se faz necessário para verificação do mérito à progressão de regime (fls. 29/36).

Contrarrazoado o recurso (fls. 73/77), a decisão foi mantida (fls. 79), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do reclamo (fls. 83/87).

É o relatório.

O sentenciado, reincidente, cumpre pena total de 12 anos, 01 mês e 02 dias, pela prática de dois crimes de furto, ambos qualificados e um roubo duplamente majorado em continuidade delitiva, com término de resgate da expiação previsto para 07/09.

Preencheu o requisito objetivo, não pairando qualquer controvérsia sobre essa condição.

No que toca ao requisito subjetivo, alega o agravante não estar preenchido, haja vista a gravidade dos fatos pelos quais cumpre pena o apenado, ressaltando se tratar de crimes perpetrados com violência e grave ameaça à pessoa, bem assim o longínquo término de cumprimento.

De fato, embora a gravidade do delito não tenha o condão de impossibilitar, por si só, a progressão de regime, revela a necessidade de maior prudência na aferição do mérito do sentenciado.

Aqui, o recorrido resgata pena por ter perpetrado crime de roubo majorado pelo emprego de arma e comparsaria (quatro agentes), em concurso formal, com a ofensa a, pelo menos, três patrimônios (fls. 60/65).

Com efeito, impossível promover um corte na ordem dos eventos; cego seria o apartamento dos fatos que ensejaram a condenação e a respectiva pena do cumprimento desta; temerário seria simplesmente fadar ao esquecimento os eventos que resultaram na execução da reprimenda; são, pois, indissociáveis, ao menos para a profunda e necessária análise do mérito à progressão de regime.

Acerca do tema, a melhor doutrina:

"A violência empregada, a maneira de execução, a motivação e outras circunstâncias do crime podem constituir motivos suficientes para a determinação do exame criminológico. Trata-se de dados concretos e essenciais, vinculados diretamente à gênese e à execução do delito, razão da condenação e da aplicação da pena privativa de liberdade em execução, que podem se mostrar de significativa importância, em alguns casos, para a prognose sobre a adaptação do condenado ao regime prisional menos restritivo. É delirante da lógica, da ordem jurídica e da realidade a ideia de que durante a execução vedada estaria qualquer ponderação a respeito do crime praticado, devendo se ater o juiz, sempre,

Acesso ao Sumário

ao comportamento carcerário do condenado, como se fosse razoável, justo e natural dissociar, de forma absoluta, a consequência da causa, a pena do crime e o homem de suas ações" (Mirabete, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-7-1984/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini – 12. Ed. – Revista e atualizada – São Paulo: Atlas, 2014. fls. 465).

Diante disso, não pode o julgador fechar os olhos e agir mecanicamente como se o atestado de bom comportamento carcerário traduzisse a segurança necessária para a progressão de regime.

Oportuna a realização de exame criminológico para melhor verificação do requisito subjetivo necessário à progressão de regime ora perseguida, pois, embora a lei tenha abolido a obrigatoriedade do exame criminológico, verifica-se que o verdadeiro intuito da alteração legislativa não foi o de dispensar referida perícia; providência que era, e continua sendo, instrumento valioso para a avaliação da personalidade do apenado.

Deste modo, em determinados casos, como no dos autos, a simples apresentação de um atestado de bom comportamento pelo Diretor do estabelecimento prisional não garante o direito do sentenciado ser promovido a regime menos restritivo, pois o bom comportamento a que alude a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, pressupõe avaliação mais individualizada das condições pessoais do condenado, abrangendo, além da constatação de sua adaptação às regras do regime carcerário em que se encontra, um juízo acerca da conveniência de se transferir o apenado a um regime menos gravoso, que poderá ser aferida através dos elementos fornecidos pela comissão técnica eleita para a elaboração do exame criminológico.

Sendo assim, cumpre estimar cuidadosamente se o seu bom comportamento carcerário configura expressão sincera de adaptação de sua personalidade aos valores necessários para o convívio social, fazendo-se tal imprescindível para que possa ter início sua reinserção no espaço extracarcerário.

Importante lembrar, mais uma vez, que a gravidade dos crimes ou a grande quantidade de pena a cumprir, não impedem a progressão de regime, mas servem de critério para um rigorismo maior na avaliação do requisito subjetivo; assim, não deve o magistrado deixar de realizar o exame criminológico quando as peculiaridades do caso indicarem a necessidade, conforme lúcida lição de Guilherme de Souza Nucci:

"(...) cabe ao magistrado extrair aspectos interessantes à análise que fará tanto da personalidade, quando da tendência do sentenciado à delinqüência, além de sua disciplina e adaptabilidade ao benefício que almeja conquistar (...). Os antecedentes (vida pregressa criminal do condenado) e a personalidade (conjunto de características individuais

Acesso ao Sumário

do ser humano, parte herdada, parte adquirida) são importantes fatores de análise para a individualização executória da pena. (...) Portanto, cabe ao juiz da execução penal determinar a realização do exame criminológico, quando entender necessário, o que deve fazer no caso de autores de crimes violentos contra a pessoa.” (*in* Manual de Processo e Execução Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 926).

O exame criminológico constitui, pois, um instrumento importante e necessário para a formação da convicção do Magistrado, que deve ser determinado, sempre fundamentadamente, quando necessária para se obter uma avaliação mais aprofundada acerca dos riscos do deferimento da progressão de regime, ocasião em que o apenado terá maior contato com a sociedade.

Em caso análogo, já julgou esta Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal:

“Ementa: Agravo em execução – Progressão ao regime semiaberto indeferido – Sentenciado que resgata considerável pena por crime hediondo – Caso concreto a demandar cuidadosa análise, antes de sua efetiva reintegração ao corpo social – Realização de exame criminológico necessário – Exegese da Súmula 439 do STJ – Precedentes - Decisão anulada - Dá-se provimento parcial” (Agravo em execução n.º 7000649-21.2013.8.26.0637, Rel. Ivan Sartori, j. em 09.09.2014, v.u.).

Enfim, bem demonstrada a necessidade da aludida perícia, conforme exige a Súmula n.º 439[1], do Superior Tribunal de Justiça, de rigor seja o agravante submetido ao exame criminológico, após o qual o pedido deverá novamente ser apreciado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso**, para cassar a r. decisão atacada e **determinar** que o agravante seja submetido a exame criminológico, após o qual o pedido de progressão de regime deverá ser reapreciado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0066364-66.2014.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante ALLAN DIMAS MILHANI, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

1 *“Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.*

nº 22.557)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente sem voto), FERNANDO TORRES GARCIA e HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 19 de março de 2015.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Extinção da medida de segurança – Manutenção do cumprimento das penas privativas liberdades remanescentes – Inocorrência de afronta ao sistema vicariante – Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por ALLAN DIMAS MILHANI nos autos de execução que se processam perante a Vara das Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga, porque entende injusta a r. decisão que extinguiu sua punibilidade em relação à medida de segurança imposta na 4ª execução, mas manteve, no entanto, o cumprimento das penas privativas de liberdade das execuções n.ºs 01, 02 e 03 (fls. 03/05).

Processado o recurso, contrariado (fls. 57/60), mantida a orientação traçada (fls. 61), opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 64/66).

É o breve registro.

Pretende o agravante que a extinção da punibilidade deve ser estendida a todas as execuções, inclusive às penas privativas de liberdade relativas às execuções nº 01, 02 e 03. Sustenta, ainda, que entendimento diverso viola o sistema vicariante adotado pelo Código Penal, implicando o cumprimento concomitante de pena e medida de segurança.

Em que pesem os argumentos expendidos pela defesa, o recurso não merece provimento.

Com efeito, diversamente do sustentado pela defesa, a sentença não restabeleceu o sistema do duplo binário, abolido pela reforma penal de 1984 porque gerava evidente *bis in idem* ao sentenciado.

Tratando-se de institutos diversos, aplicados em execuções distintas, pena privativa de liberdade e medida de segurança convivem sem afronta ao atual sistema vicariante.

Nesse sentido:

"E nisso ilegalidade alguma há e tampouco viola o sistema vicariante

Acesso ao Sumário

vigente em nosso ordenamento jurídico como diz a defesa, pois é impossível aplicar medida de segurança para imputáveis, sob pena de se confundir culpabilidade e periculosidade. Até porque a inimputabilidade não pode ser presumida e estendida a outras infrações penais, ao reverso, deve ser analisada de forma casuística, vale dizer, em relação a cada crime, em cada processo a que responde o réu" (Agravo em Execução nº 0040931-94.2013.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Aguinaldo de Freitas Filho, j. em 14.06.2013).

Não há que se falar, portanto, em extensão da medida de segurança aplicada ao processo referente à 4ª execução aos outros feitos, uma vez que eventual inimputabilidade deve ser apurada ao tempo da prática de cada ato delitivo.

Nesse sentido, de acordo com a doutrina, "*Duplo binário é somente a aplicação sucessiva da pena e da medida de segurança* ***pelo mesmo fato****. Um sistema que contemple só a pena ou medida de segurança, é unitário*", cf. Rudolph Schmitt, em '*Was hat die Strafrechtsreform von der Zweispurigkeit übrig gelassen?*' *in* Festschrift f. Thomas Würtenberger, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 278, citado por Heleno Fragoso no artigo "Sistema do duplo binário: vida e morte", publicado nos "Estudos em memória de Giacomo Delitala", vol. III, Giùffre ed., 1984, p. 190701930.

Ademais, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"*Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de A.T., contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no HC nº 990.10.392805-9, que, denegando a Ordem, confirmou o r. decisório de Primeira Instância, ao entendimento de que não ocorreu a conversão das penas anteriores em medida de segurança e sim, a determinação do cumprimento do período de internação para, posteriormente, com a cessação da periculosidade, retornar o paciente à expiação das sanções corporais fixadas em processos anteriores e autônomos, tencionando justamente impedir a simultaneidade de penas, havendo, pois, desrespeito ao sistema vicariante adotado na reforma do Código Penal.*

Sustenta o Impetrante, em síntese, que o ora paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, porquanto está cumprindo, simultaneamente, pena privativa de liberdade e medida de segurança. Requereu-se, por derradeiro, a concessão de liminar, para que seja o sentenciado submetido a tratamento ambulatorial, com a consequente expedição de alvará de soltura, e, no mérito, concessão do writ, extinguindo-se as penas privativas de liberdade, substituindo-as por medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial.

(...)

Da análise dos autos, constato que o acórdão local cuidou da questão, entendendo o tribunal a quo, por unanimidade de votos, não haver conversão

Acesso ao Sumário

de pena privativa de liberdade em medida de segurança, agindo bem o Juízo da condenação ao determinar o cumprimento da pena corporal e medida de segurança. No caso concreto, nota-se que não há se falar em sistema do duplo binário e vicariante porque na espécie não incidiram, pelo mesmo crime, a pena e a medida de segurança. Houve, sim, determinação do cumprimento do período de internação para só depois, cessada a periculosidade, submeter o paciente às sanções fixadas em diversos processos autônomos.

Em outras palavras, cessada a periculosidade, descabe ao juízo da execução substituir a pena por medida de segurança e, havendo pena a ser cumprida, não lhe resta senão providenciar esse cumprimento (...)” (HC nº 197.107, Ministro Adilson Vieira Macabu, j. em 16.02.2011, p. 22.02.2011).

Esta Egrégia Corte também já decidiu que *“a imposição de medida de segurança em uma execução não importa a conversão das demais penas previstas em outras guias de execução, ainda que pendentes de cumprimento”*, em HC nº 0261922-15.2010, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. João Morenghi, julgado em 15/09/2010, e HC nº 0478933-73.2010, 10ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Rachid Vaz de Almeida.

Ademais, conforme bem observado pelo douto Procurador de Justiça Dr. Ricardo Barbosa Alves a fls. 65, *“A quarta execução se refere à aplicação de medida de segurança. Nesta, comprovada a imputabilidade do sentenciado, houve decretação da extinção da punibilidade.*

Evidentemente, remanescem as penas privativas de liberdade, que devem ser cumpridas. Não houve quanto a elas, conversão em medida de segurança – o cumprimento delas ficou suspenso –, providência, aliás, facultativa, nos termos do artigo 183 da Lei de Execução Penal.

E não há nisso nenhuma afronta ao sistema vicariante adotado pela legislação penal. Como bem salientou o DD. Promotor de Justiça oficiante, a vedação de cominação (e aplicação em concreto) conjunta de pena e medida de segurança não se refere a condenações diversas, ensejadoras de diversas execuções autônomas”.

Posto isso, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0065651-91.2014.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante BRASIL CÉSAR PORTELLA DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São

Acesso ao Sumário

Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao Agravo. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.117)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), J. MARTINS e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 9 de março de 2015.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Pleito de progressão ao regime aberto efetuado por condenado por crimes de latrocínio, cometidos antes do advento da Lei 11.464/2007 – Indeferimento – Ausência do requisito subjetivo, consubstanciado em avaliações psicossocial e psiquiatra contrária à pretensão – Permanência no atual regime prisional para melhor ser observado – Agravo improvido.

VOTO

Cuida-se de Agravo em Execução ajuizado em favor do sentenciado ***Brasil César Portella da Silva***, que não se conforma com a decisão de fls. 60, da MMª Juíza de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Taubaté que indeferiu seu pedido de progressão ao regime aberto, tendo em conta o que foi atestado pelos Peritos que não indicam a sua promoção.

Alega que ele tem mantido ótima conduta carcerária, sem registro de falta grave há mais de 20 anos, e que, mesmo assim, teve negado o acesso ao regime aberto, lastreando-se a Magistrada em fundamentos falaciosos e não previstos em lei, sendo que os autos demonstram realidade totalmente diversa ao deliberado, salientando que o exame criminológico não pode ser subsumido a uma prova totalmente contrária a ele, lembrando que, em sede de execução penal, prevalece a incidência do consagrado princípio "in dubio pro reo" e não o do "in dubio por societate".

Pede o provimento do recurso, a fim de se deferir a progressão ao regime aberto, eis que cumpridos integralmente os requisitos legais. Subsidiariamente, o afastamento da internação determinada, possibilitando-lhe o tratamento médico enquanto permanece cumprindo pena, sem necessidade de internação compulsória em nosocômio.

Contrariado o recurso e mantida a decisão (fls. 97), manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo seu improvimento.

Este é o relatório.

O agravante foi condenado a 51 anos, 10 meses e 14 dias de reclusão por

Acesso ao Sumário

crimes de latrocínio cometidos antes do advento da Lei 11.464/2007. Iniciou o cumprimento da pena em 27.09.1988 e, aos 14.06.2007, foi deferida a progressão ao regime semiaberto, no qual ele se encontra até a presente data.

Incidindo na hipótese a Súmula Vinculante nº 26 do STF, alcançou lapso mínimo de 1/6 para o regime aberto em 07.01.2013 e, munido de atestado de "ótima" conduta carcerária (fls.37), ingressou com o pedido de progressão, que foi indeferido pelo Juízo das Execuções, porquanto, efetuado o laudo pericial, a conclusão dos Peritos foi no sentido oposto à concessão do benefício, o que indica, ao meu juízo, a impossibilidade do provimento do Agravo.

Com efeito, tendo sido realizado o exame pericial e constatado que o condenado não ostenta condições de ser promovido, é de ser mantida sua custódia no regime intermediário para que seja melhor observado, senão, vejamos.

Segundo a psicóloga, o reeducando apresenta certa frieza emocional, dissimulação e manifesta desconfiança generalizada. Revela delírio de grandeza e pensamento em alguns momentos desconexos (fls.34/35). Pertinente aos crimes cometidos, firmou a assistente social que o reeducando faz divagações, não é objetivo e claro ao expor os fatos, anotando-se, ainda, ausência total de crítica sobre os prejuízos causados a outrem. E questionado acerca do tratamento de saúde em psiquiatria, respondeu a ela que parou de tomar seus remédios, pois "já recuperou o sono e o humor". Concluiu a perita que, sem a contenção mínima proporcionada pelo atual regime, aliada à ausência de tratamento e pelo contexto de crimes cometidos, não se tem certeza de sua ressocialização (fls.32/33). E submetido à avaliação psiquiatra, a conclusão a que se chegou foi de que o reeducando deve permanecer no regime semiaberto e encaminhado para tratamento psiquiátrico, eis que se trata de "examinado com sinais de transtorno esquizoide, conteúdo algo delirante do pensamento, referindo ter o crime sido motivado por vingança" (fls.51/52).

É certo que o Juízo não está adstrito à conclusão do referido exame, bem como que a sua realização não é mais obrigatória, sendo facultativa sua determinação.

No entanto, o Magistrado deve sopesar toda situação em que se encontra o sentenciado.

No caso, como acima afirmado, realizado o exame criminológico, a conclusão do Magistrado, baseado nos laudos psicossocial e psiquiatra, foi no sentido contrário ao pleiteado pelo reeducando, exsurgindo daí a determinação de que ele seja encaminhado ao nosocômio, onde deverá permanecer até que tenha apresentado melhora e recebido alta médica.

Esta conclusão não foi infirmada por qualquer outra prova e, desta maneira, é de ser aceita, devendo ser ele melhor observado no regime em que se encontra.

Acesso ao Sumário

A simples afirmação do Diretor do estabelecimento prisional, neste caso, perde sua validade considerando o teor técnico do trabalho dos peritos. Evidentemente, risco existe em toda decisão que concede a progressão, todavia, havendo elemento objetivo a indicar a falta de condições de ser acolhido o pretendido pelo condenado, deve, ao meu juízo, prevalecer o trabalho.

Em suma, pelo meu voto, nego provimento ao Agravo.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007269-30.2013.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SAMUEL ALVES MOREIRA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto pela JUSTIÇA PÚBLICA e, de ofício, defere-se a SAMUEL ALVES MOREIRA a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade (a ser definida pelo Juízo das Execuções) e limitação de fim de semana - por igual período da pena privativa de liberdade, devendo ser descontado o tempo em que ficou recluso nesta - fixando-se o regime inicial aberto em caso de descumprimento, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura clausulado em seu favor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.491)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

BORGES PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Criminal – Tráfico de entorpecentes – Recurso ministerial visando o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas – Réu que é primário,

inexistindo provas de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização semelhante – Apelo ministerial improvido, deferindo-se, de ofício ao réu a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade (a ser definida pelo Juízo das Execuções) e limitação de fim de semana – por igual período da pena privativa de liberdade, devendo ser descontado o tempo em que ficou recluso nesta – fixando-se o regime inicial aberto em caso de descumprimento, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura clausulado em seu favor.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **JUSTIÇA PÚBLICA**, relativamente à r. sentença de fls. 75/78, que condenou **SAMUEL ALVES MOREIRA** à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, no piso, por incurso no artigo 33 da Lei 11.343/06, vedado o apelo em liberdade.

Recorre a Justiça Pública às fls. 98/102, aduzindo, em síntese, que em poder do recorrido foram apreendidas 22 porções contendo 27,11g. de cocaína, 08 porções contendo 18,45g. de maconha e 16 porções contendo 3,78g. de cocaína, na forma de "crack". Ressalta que as drogas estavam individualizadas e prontas para a venda, sendo certo que, a quantidade e dualidade do entorpecente devem ser consideradas de forma preponderante ao se dosar a pena, sendo certo que tais circunstâncias impedem a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Entende que o recorrido teve acesso a grande quantidade e diversidade de drogas, demonstrando seu envolvimento com a criminalidade, bem como a maior reprovabilidade de seu comportamento. Cita Jurisprudência para embasar sua pretensão. Pleiteia o provimento do apelo, a fim de que a pena do recorrido seja alterada com o afastamento da incidência da causa de diminuição.

Contrarrazoado o recurso (fls. 106/107), a douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 111/114, opinou pelo provimento do recurso ministerial.

RELATADOS.

Consta da exordial acusatória que, no dia 03 de agosto de 2013, por volta das 17h50min, na Rua Canadá, altura do n° 520, Parque Montreal, na cidade e Comarca de Franco da Rocha, possuía e guardava, para fins de tráfico, 22 (vinte e duas) porções contendo 27,11g (vinte e sete gramas e onze centigramas) de cocaína, 08 (oito) porções contendo 18,45g (dezoito gramas e quarenta e cinco

Acesso ao Sumário

centigramas) de maconha e 16 (dezesseis) porções contendo 3,78g (três gramas e setenta e oito centigramas) de cocaína na forma de "crack", substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, o fazendo sem autorização legal e regulamentar.

A materialidade restou devidamente comprovada pelos autos de exibição e apreensão de fls. 12, pelos laudos de constatação de fls. 14/19, e pelos laudos de exame químico-toxicológico de fls. 67/68, 70/71 e de fls. 73/74.

A autoria delitiva quanto ao delito de tráfico, conforme bem ressaltou o MM. Magistrado, também restou bem delineada.

O acusado, quando ouvido em juízo (fls. 88/90), confessou a prática delitiva e disse que estava vendendo drogas para poder comprar umas roupas.

Os policiais José Samuel dos Santos (fls. 89) e Ricardo da Silva Belmiro (fls. 90), disseram que estavam em patrulhamento, quando notaram o réu em atitude suspeita, razão pela qual resolveram abordá-lo, encontrando em poder dele a quantia de cerca de R$ 300,00 (trezentos reais). Indagaram o réu a respeito do numerário, porém, ele quis fazer crer que havia recebido como pagamento por seu trabalho. Porém, instado a mostrar o local de sua suposta atividade laboral, o acusado acabou por confessar que havia obtido o dinheiro com a comercialização de substâncias entorpecentes. Em seguida, foram levados até o mato situado nas proximidades, onde guardava as substâncias entorpecentes, em pequenas porções, prontas para a venda.

Este é o conjunto probatório que se revela apto a ensejar a prolação de um decreto condenatório em desfavor do ora apelado, não havendo como absolvê-lo por insuficiência de provas.

Isto porque, a confissão do réu restou corroborada pelos depoimentos dos policiais ouvidos, bem como pelo encontro do entorpecente apreendido.

No que pertine à pena de se verificar que o MM. Juiz de 1º grau, atentando para os critérios fixados no artigo 59 do Código Penal, fixou a base no mínimo legal e, a seguir, considerando que o réu preenche os requisitos previstos no § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, na medida em que é primário, não ostenta antecedentes, não se dedica a atividades ilícitas e nem integra organização criminosa, levando ainda em consideração a quantidade de entorpecente apreendido em seu poder 22 (vinte e duas) porções contendo 27,11g (vinte e sete gramas e onze centigramas) de cocaína, 08 (oito) porções contendo 18,45g (dezoito gramas e quarenta e cinco centigramas) de maconha e 16 (dezesseis) porções contendo 3,78g (três gramas e setenta e oito centigramas) de cocaína na forma de "crack"), aplicou o redutor em 2/3, nada havendo a se alterar.

A quantidade total do entorpecente apreendido, qual seja, 49,34g. (quarenta e nove gramas e trinta e quatro decigramas), se não pode ser considerada ínfima, também não pode ser tida como de tão elevada monta, tomando-se por base o

Acesso ao Sumário

nefasto comércio.

Ademais, o fato de o réu tido acesso à quantidade e variedade de entorpecente já mencionado, não leva à conclusão de que se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização semelhante, na medida em que, não foram trazidas aos autos provas nesse sentido.

Muito embora o recurso seja exclusivo da acusação entendo que, ante a pena fixada, consideradas também as condições pessoais do sentenciado já elencadas, de ofício, de ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com relação à almejada substituição, a Resolução nº 5 do Senado, publicada em 16.02.2012, com efeito *erga omnes*, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, consagrando o princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, cabe ao Julgador verificar a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 e seguintes do Código Penal.

Assim, tendo em vista as condições pessoais do acusado, consoante acima observado, é o caso de conversão da pena privativa de liberdade em duas restritivas de direitos – por igual período da pena privativa de liberdade, devendo ser descontado o tempo em que ficou recluso nesta –, consistentes na prestação de serviços à comunidade (a ser definida pelo Juízo das Execuções) e limitação de fim de semana.

Por fim, em caso de descumprimento das penas alternativas, impõe-se a fixação do regime aberto, para o cumprimento da reprimenda imposta.

Ocorre que a fixação de regime fechado fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, beirando a injustiça o fato do réu primário, condenado à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão e a quem foi deferida a substituição da pena, ser submetido ao regime mais gravoso de cumprimento da reprimenda, salientando-se a regra disposta no artigo 33, § 2º, do Código Penal.

Vale trazer à colação o seguinte julgado proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

> *"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO POR ESTA CORTE AFASTANDO O ÓBICE DA SUBSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO PELO TRIBUNAL A QUO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA*

Acesso ao Sumário

PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. I. Hipótese em que, após a concessão de habeas corpus por esta Corte afastando o óbice à substituição da pena aos acusados de tráfico ilícito de entorpecentes, o Tribunal a quo indeferiu o benefício. II. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é devido o benefício ao paciente. III. A descrição oblíqua de circunstância já apreciada anteriormente, de modo a denotar maior gravidade, assim como a quantidade e natureza da droga apreendida, que não se revela exorbitante, inclusive segundo entendimento anterior da própria Corte a quo e, ainda, circunstâncias abstratas inerentes às próprias elementares do tipo penal imputado, não são fundamentos idôneos para o indeferimento do benefício pleiteado.VI. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser, de ofício, afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições. V. Ordem que deve ser concedida para determinar ao Juízo de 1º grau que fixe o regime e a pena substitutiva adequada. VI. Ordem parcialmente conhecida e concedida" (Habeas Corpus nº 200.867/RS – Quinta Turma – Relator Ministro Gilson Dipp – j. 06.10.2011).

Isto posto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto pela **JUSTIÇA PÚBLICA** e, de ofício, defere-se a **SAMUEL ALVES MOREIRA** a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade (a ser definida pelo Juízo das Execuções) e limitação de fim de semana – por igual período da pena privativa de liberdade, devendo ser descontado o tempo em que ficou recluso nesta – fixando-se o regime inicial aberto em caso de descumprimento, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura clausulado em seu favor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000170-14.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MÁRCIO DE CASTRO PAIVA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para condenar MÁRCIO DE CASTRO PAIVA como incurso no art. 311, *caput*, do CP, às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de 10 dias-

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4619)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Crimes contra a fé pública – Adulteração de sinal identificador de veículo automotor – Colocação de fita adesiva em numeral de placa identificadora a fim de impedir eventual imposição de multa administrativa em razão do rodízio municipal de automóveis – Conduta típica – O tipo penal prevendo a remarcação ou adulteração de sinal identificador de veículo não pressupõe que a alteração seja permanente ou definitiva, nem tampouco que haja o dolo específico de fraudar a propriedade, o licenciamento ou o registro do veículo – Pratica, assim, crime contra a fé pública aquele que troca as placas identificadoras ou as adultera mediante aposição de fita adesiva sobre o respectivo numeral, com a finalidade de impedir imposição de eventual multa administrativa pelo desrespeito ao rodízio municipal de veículos.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 143/147, prolatada pela MM.ª Juíza Lilian Lage Humes, cujo relatório ora se adota, que absolveu MÁRCIO DE CASTRO PAIVA, com fulcro no art. 386, III, do CPP, da imputação de infração ao art. 311, *caput*, do CP, apelou o Dr. Promotor de Justiça, almejando a condenação do acusado nos termos da exordial.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu provimento.

É o Relatório.

O apelo merece provimento.

Segundo restou demonstrado, na ocasião o apelado colocou fita adesiva na placa dianteira do automóvel VW/Golf, placas DDR-3566, visando “transformar” o último “6” em um “8”, tudo com o objetivo de fugir da imposição de multas

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

administrativas, em razão do rodízio municipal de veículos.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelo auto de fls. 10/11 e pelo laudo de fls. 12/18.

A prova oral (fls. 129/132) colhida na instrução criminal mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

Consta, com efeito, do laudo pericial de fls. 12/18, a seguinte constatação por parte do Sr. Perito:

> "Este perito relator pôde constatar que o veículo apresentava placa dianteira constando um falso numeral '8' no lugar do original '6', mediante a utilização de fragmentos de fita de material sintético do tipo isolante, na cor preta, conforme ilustram as fotografias em anexo" (fls. 13).

A aposição de fita adesiva sobre um dos numerais de uma das placas identificadoras do veículo, conquanto não configure alteração concreta e definitiva, não deixa de tipificar o delito descrito no art. 311 do CP.

Nesse sentido o Colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu em ação penal na qual mecânico que, visando apenas a circular com veículo que lhe fora confiado para realização de reparo sem as placas identificadoras, tratou de nele apor outras, que eram referentes a automóvel diverso:

> **"*Habeas Corpus* – Direito Penal – Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor – Dolo específico – Inexigência – Troca de placas – Tipicidade da conduta – Ordem denegada.**
>
> "Configura-se o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, previsto no art. 311 do CP, a prática dolosa de adulteração e troca das placas automotivas, não exigindo o tipo penal elemento subjetivo especial ou alguma intenção específica. Precedente.[1]

Ainda que tenha sido praticada visando a apenas impedir eventual multa administrativa, a conduta de adulteração ou troca de placas é, pois, típica, independentemente de se fazer presente o dolo específico de fraudar a propriedade, o licenciamento ou o registro do veículo.

Nem se argumente no sentido de que a tipicidade exigiria que a adulteração tivesse caráter permanente ou ocorresse necessariamente em sinais identificadores existentes na estrutura do veículo – como, por exemplo, chassis ou motor – uma vez que as placas têm natureza jurídica de "pertença", nos termos do art. 93 do CC/2002, destinada evidentemente a servir como sinal identificador.

Acesso ao Sumário

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 108.097/RS. Impetrante: Defensor Público-Geral Federal. Paciente: Edson Átila Pinto Barbosa. Coator: Relator do Recurso Especial nº 1.011.440 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. 1ª Turma. Brasília, 15 de maio de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. 05 Jun. 2012. Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 28 Out. 2014.

A condenação do apelado mostra-se, portanto, de rigor.

Adotado o sistema trifásico previsto no art. 68 do CP, em uma primeira etapa, o aplicador da lei deve, atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo Código, estabelecer a “pena-base”; na segunda fase, considerar o peso das circunstâncias atenuantes e agravantes e; na terceira e última operação, computar as causas de diminuição e de aumento da pena.

Após analisar os autos, entendo que a dosimetria mais adequada ao caso em apreço é a seguinte:

a) estando atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, sendo as circunstâncias judiciais favoráveis ao apelado, que não possui antecedentes (fls. 45/46), a pena-base deve ser fixada em 03 anos de reclusão;

b) mantenho-a inalterada em razão da ausência de circunstância agravantes e da inaplicabilidade de atenuantes;

Deixa de interferir a atenuante da confissão espontânea, em razão dela não ter o condão de reduzir a reprimenda aquém do mínimo.

Sobre o tema, reza o Enunciado nº 231 da Súmula de Jurisprudência do STJ que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, mantenho inalterado o subtotal obtido na fase anterior, ante a ausência de causa de aumento ou diminuição.

Chega-se a um total final de 03 anos de reclusão, que torno definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras.

No cálculo da sanção pecuniária, considerado o estabelecido no art. 49 do CP, fixo-a como base em 10 dias-multa.

Torno-a definitiva na ausência de quaisquer circunstâncias modificadoras.

Considerada a situação econômica do réu, é o dia-multa estabelecido à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Levando-se em conta os fatos do condenado não ser reincidente, e da pena aplicada ser inferior a 04 (quatro) anos, poderá ele cumpri-la desde o início em regime aberto (art. 33, § 2º, “c”, do CP), que é efetivamente o mais adequado em função das particularidades do caso em apreço. Inexiste, com efeito, qualquer indicação de que seria necessária a adoção de medidas mais rígidas de controle do processo de ressocialização do réu.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, nos termos do § 2º, do referido dispositivo legal, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da reprimenda corpórea, e prestação pecuniária, no valor de 01 salário mínimo, a ser destinada a entidade com finalidade filantrópica à escolha do Juízo da Execução.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para condenar MÁRCIO DE CASTRO PAIVA como incurso no art. 311, caput, do CP, às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002417-79.2012.8.26.0300, da Comarca de Jardinópolis, em que é apelante MAXIMILIANO PASCOALIN ROSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a questão preliminar e, quanto ao mérito, deram parcial provimento ao recurso, somente para reduzir a pena pecuniária para 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no piso mínimo, mantendo, no mais, a r. sentença monocrática, também por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23917)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e SOUZA NERY.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Matéria preliminar alegando nulidade do *decisum*, uma vez que a prisão em flagrante foi realizada de maneira ilegal, diante da inexistência de autorização judicial em mandado de busca domiciliar. Rejeição. Pedido de absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação do réu, nos moldes em que proferida. Pedido de desclassificação para a figura prevista no artigo 28, da Lei de Drogas, ou aplicação da causa de diminuição descrita no § 4º, do artigo 33, da referida Lei. Impossibilidade. Regime prisional que não comporta alteração. Pena de multa reduzida para guardar estrita proporcionalidade com

Acesso ao Sumário

a pena privativa de liberdade. Questão preliminar rejeitada e, quanto ao mérito, recurso parcialmente provido, tão somente, para redução da pena de multa.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

VOTO

Pela r. sentença de fls. 134/141, cujo relatório fica adotado, Maximiliano Pascoalin Rosa foi condenado às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 2000 (dois mil) dias-multa, no unitário mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformado, apela o sentenciado, buscando, preliminarmente, a anulação do *decisum*, ao argumento de que a prisão foi realizada de maneira ilegal, diante da inexistência de autorização judicial em mandado de busca domiciliar. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, postula pela desclassificação para a figura prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, ou aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da referida Lei (fls. 149/156).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 187/197), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição da matéria preliminar e, quanto ao mérito, pelo não provimento do apelo (fls. 196/202).

Este é o relatório.

Inicialmente, observo que não merece prosperar a preliminar alusiva à suposta ilegalidade da prisão do réu.

Ora, ao contrário do alegado, não se se vislumbra qualquer irregularidade na prisão em flagrante, a qual se encontra formalmente correta, de acordo com as normas constitucionais e processuais penais, tendo sido assegurado ao réu todos os direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Registre-se, ainda, que a Constituição Federal não proíbe a entrada em casa alheia se houver causa de flagrante (art. 5º, XI), ocasião em que realmente pode ser feita a busca e apreensão de droga, de bens e de valores produtos da venda de entorpecentes. Não se pode olvidar, outrossim, que os crimes relacionados com drogas, são permanentes e unisubsistentes; exaurem-se com o simples ato de portar, guardar, ter em depósito, possuir, etc., a substância entorpecente que cause dependência física ou psíquica. Desse modo, independentemente de dispor ou não a polícia de mandado de busca e apreensão, se houver fundada suspeita da existência de bens produtos de ilícito nas dependências da residência, aptos à configuração da situação flagrancial, pode a diligência ser feita a qualquer hora, sem ferir a regra do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Ademais, no caso em questão, não se pode cogitar de violação de domicílio ou de prova obtida de modo ilícito, na medida em que o acusado autorizou o ingresso dos agentes em sua residência e, mesmo que assim não fosse, o fato é

que o réu estava em estado de flagrância, sendo, portanto, desnecessária qualquer autorização ou mandado judicial para legitimar a ação policial.

E nesse sentido bem fundamentou o membro do *Parquet* de Primeiro Grau em suas contrarrazões, a saber:

(...) Primeiramente, os policiais militares foram unânimes em afirmar que foram autorizados pelo apelante a ingressarem em sua residência.

Pois bem, mesmo que assim não fosse, o que se pode verificar em simples análise dos autos, é que, as alegadas provas obtidas em ação policial ilegal, conforme narra a zelosa defesa, na verdade foram colhidas, em primeiro momento, em situação de ***FLAGRÂNCIA****.*

Tal circunstância (flagrância) foi que autorizou o ingresso dos policiais na residência do apelante, sem mandado de busca e apreensão dos objetos e colheita das provas que deram inicia à persecução penal em face do sentenciado, não havendo qualquer sombra de dúvida que se trata de provas absolutamente puras, imaculadas e livres de qualquer vício.

Vale lembrar que flagrante é uma qualidade do delito, é o ilícito patente, irrecusável que autoriza e requer a prisão de seu autor, sem mandado, além de possuir o sentido salutar de providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Todos os atos praticados nos autos, especificamente a colheita das provas, quando da ação policial, estão seguros e alicerçados na total legalidade, e em nada eivados (fls. 189/190).

Cumpre dizer, também, que qualquer vício que por ventura houvesse no flagrante não contaminaria a ação penal.

Releva notar, ainda, por oportuno, que a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, de modo que compete à parte provar a existência de nulidade, bem assim demonstrar o dano que lhe adveio dos atos supostamente viciados, mostrando a influência dos mesmos sobre o mérito da causa, na sua essência e substância - o que não ocorreu na hipótese ora sob exame. De fato, consiste princípio basilar do processo penal brasileiro que nenhuma nulidade será declarada sem que haja demonstração efetiva de prejuízo para qualquer das partes ou para a apuração da verdade real (*pas de nullité sans grief*), conforme as diretrizes expostas nos arts. 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal. Neste sentido, é o entendimento do Excelso Pretório: "*HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PROCEDIMENTO - LEI 10.409/2002 - NULIDADE - PREJUÍZO. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, 'o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas*" (HC

Acesso ao Sumário

81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002). Ordem indeferida. (STF - HC 85.155-SP - 1ª T. - Rel. Min. Ellen Gracie - DJU 15.04.2005 - p 38). "*A lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio pas de nullité sans grief (CPP, arts. 563 e 566)"*. (STF - RHC 84900-RS - Rel. Min. Carlos Velloso - DJU 26.11.2004 - p. 36). Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça: "*HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 57 DA LEI 11.343/06. NULIDADE DEPENDENTE DA DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DO PREJUÍZO. PROCESSO QUE OBEDECEU RIGOROSAMENTE AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 DO CPP E DA SÚMULA 523/STF. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA*" (STJ – HC 136.649/PE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 18.03.2010).

Por fim, convém registrar que o processo teve andamento regular e ao réu foi assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como respeitado o devido processo legal, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio.

Assim, rejeito a questão preliminar suscitada pela defesa do réu.

No mérito, não obstante o dedicado esforço da combativa Defesa, a r. sentença examinou corretamente a prova e decidiu acertadamente ao reconhecer a responsabilidade do réu pelo crime de tráfico de drogas descrito na denúncia, merecendo pequeno reparo somente no que tange à fixação da pena de multa.

Realmente, ficou bem comprovado que, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, o acusado Maximiliano Pascoalin Rosa, vulgo "Pastorzinho", tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico e entrega ao consumo de terceiros, 317,529g de "maconha", divididas em meio tijolo prensado, envolto em plástico incolor, e em 11 (onze) porções pequenas, sendo que 08 (oito) estavam embaladas em invólucros de plástico incolor, substância que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado, policiais militares, em patrulhamento de rotina, foram procurados por populares que noticiaram que o acusado vendia drogas em frente a uma residência e que guardava os entorpecentes no interior do imóvel.

Diante destas denúncias, os milicianos se dirigiram ao endereço apontado, onde localizaram Maximiliano e, em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado, contudo, autorizado o ingresso dos policiais no imóvel, localizaram, sobre o rack da sala, algumas porções de "maconha" e, na cozinha, mais meio tijolo da mesma substância, prensado, envolto em plástico transparente. Indagado, Maximiliano assumiu a propriedade da droga.

Pela natureza e quantidade de drogas apreendidas e forma como estas se achavam embaladas, pelas condições do local e demais circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa e pela denúncia de populares, não resta dúvida que o acusado escondia droga na sua residência e tal substância se prestava para o comércio ilícito (fls. 01-d/02-d).

Assim resumidos os fatos, importa assinalar que o acusado Maximiliano permaneceu em silêncio na delegacia (fls. 06) e em Juízo negou a prática do ilícito, alegando que a droga apreendida em sua residência era destinada ao seu consumo próprio e não ao tráfico. Acrescentou que adquiriu 350g de "maconha" pelo valor de R$ 200,00 (duzentos reais) – fl. 116 – CD.

A alegação do réu de que a droga apreendida se destinava ao seu próprio consumo não convence. Aliás, tal alegação já se tornou comum em se tratando de traficantes surpreendidos com drogas e que não têm como negar a posse da substância proibida. Com isso, objetivam suavizar sua situação e conseguir uma pena de advertência, prestação de serviços comunitários ou, quiçá, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, que são aquelas previstas para o usuário de drogas (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

No caso dos autos, contudo, a prova aponta para o comércio ilícito de drogas. De fato, os informes prestados pelos policiais militares que procederam à prisão em flagrante do réu (fls. 03, 05 e 116 – CD), acrescidos do auto de exibição e apreensão (fls. 10/11), do auto de constatação provisória (fls. 12) e do laudo de exame químico toxicológico (fls. 77/78), servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que os policiais militares Nilton César de Paula Silva e Carlos Roberto de Almeida deram plena conta do ocorrido, confirmando os fatos acima reproduzidos e, consequentemente, o quadro de tráfico de drogas envolvendo o apelante. Disseram, em depoimentos coerentes e harmônicos, que estavam em patrulhamento de rotina, quando foram acionados por populares que informaram que o acusado estava comercializando droga em frente à residência dele. Ao realizarem diligência, encontraram no imóvel grande quantidade de droga guardada. Acrescentaram que a entrada deles na residência foi autorizada pelo réu, momento em que Maximiliano assumiu a propriedade das drogas (fls. 03, 05 e 116 – CD).

Acesso ao Sumário

Não há razão para se duvidar da veracidade dos relatos dos agentes policiais, que merecem fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção *juris tantum* de que agiram escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada. Releva notar, ainda, por relevante, que a jurisprudência dominante tem se inclinado para admitir que os testemunhos de policiais, quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão,

devem merecer credibilidade desde que não evidenciada má-fé ou abuso de poder por parte dos agentes do Poder Público, o que não se verifica na hipótese dos autos, tanto assim que nada se comprovou a respeito.

Não é demasiado enfatizar, ainda, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: "*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido.*" (RT 729/542). "*Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização*". (RT 714/357). "*O crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente*". (RT 776/663).

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório era mesmo de rigor. De fato, a significativa quantidade de drogas apreendidas, - parte delas dividida em porções individuais, prontas para a venda; e outra encontrada em forma de tijolo-, as circunstâncias da apreensão, bem esclarecidas nos depoimentos dos policiais militares, que ressaltaram a existência de denúncias anônimas dando conta que o apelante era traficante, assim como a falta de comprovação de atividade laboral lícita exercida pelo recorrente, não deixam dúvida de que Maximiliano estava efetivamente envolvido com o tráfico de drogas, não havendo que se falar, portanto, em absolvição por insuficiência de provas, tampouco em desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei de Drogas.

Importante consignar, ademais, que o fato de o apelante ser usuário de drogas, como afirmou em Juízo, não afasta a sua condição de traficante, uma vez que os usuários, frequentemente, também passam a comercializar entorpecentes, justamente para obter dinheiro e garantir o vício e o próprio sustento, acrescentando-se, por oportuno, que uma conduta não exclui a outra.

Passo à análise da dosimetria da pena.

A básica foi fixada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 1500 (mil e quinhentos) dias-multa, no piso legal, tendo em vista as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei nº

Acesso ao Sumário

11.343/06.

A pena de multa, contudo, deve ser reduzida para 500 (quinhentos) dias-multa, para que guarde estrita proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, mantido o valor unitário fixado no *decisum.*

Na segunda fase, correto se mostra o aumento na fração de 1/3 (um terço), diante da presença da agravante da reincidência (fls. 70/71 e 72), motivo pelo qual a pena restou estabelecida em 06 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no piso legal.

Na etapa derradeira, a pena permaneceu inalterada, ante a ausência de causas de aumento e de diminuição.

Releva notar, ainda, a título de esclarecimento, que a reincidência do réu inviabiliza o reconhecimento do denominado tráfico privilegiado, não havendo que falar em *bis in idem* na utilização da reincidência para agravar a pena e para impedir a concessão do benefício do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Ora, uma coisa nada tem a ver com a outra; ser primário e de bons antecedentes é condição *sine qua non* para que o traficante eventual possa merecer a benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Já o acréscimo decorrente do reconhecimento de circunstância agravante é de consideração obrigatória na segunda fase da dosimetria das penas, aplicável em todo e qualquer processo criminal, sempre que presente a situação descrita no artigo 63 do Código Penal. Em suma: não se pode confundir agravante legal genérica com causa especial de diminuição de pena, sob pena de se negar vigência às normas dos artigos 61, I, e 68, do Código Penal. Nesse mesmo sentido o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal: HC 107274/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/04/2011.

Por outro lado, a despeito da atual orientação jurisprudencial acerca da possibilidade de substituição da pena no crime de tráfico de drogas, anoto que no caso em foco a quantidade de pena aplicada impede a concessão do benefício, ausente o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Cumpre ponderar, ademais, que, a par da reincidência do réu, as circunstâncias do caso concreto também não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso, que seria insuficiente para a correta reprovação e prevenção do delito por ele praticado.

Ante o exposto, rejeito a questão preliminar e, quanto ao mérito, dou parcial provimento ao recurso, somente para reduzir a pena pecuniária para 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no piso mínimo, mantendo, no mais, a r. sentença monocrática, também por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000656-82.2012.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado BENEDITO CARLOS DA SILVA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso ministerial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1737)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente) e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. CRIMES DE TRÂNSITO. Recurso ministerial. Absolvição em primeira instância do crime previsto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Fuga do local do acidente). Possibilidade. Dispositivo que foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Sentença absolutória mantida. Recurso ministerial a que se nega provimento.

VOTO

VISTOS.

Ao relatório da respeitável sentença (fls. 114/121) que ora se adota, acrescenta-se que o réu **BENEDITO CARLOS DA SILVA** foi condenado como incurso nas penas dos artigos 303, parágrafo único (por duas vezes), na forma do artigo 70 do Código Penal, às penas de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo autorizado, pelo prazo de 03 (três) meses e 03 (três) dias, substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, consistente na prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos federais às vítimas.

Na mesma decisão, BENEDITO foi absolvido da imputação constante no artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal (sentença prolatada em 30 de agosto de 2013, fls. 121).

Apela o **MINISTÉRIO PÚBLICO**, pleiteando a reforma da sentença,

Acesso ao Sumário

restringindo-se unicamente para que o acusado seja condenado pela prática do crime capitulado no artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que não vislumbrada a alegada inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal (fls. 125/128).

Trânsito em julgado para a Defesa em 20.03.2014 (certidão de fls. 133).

Recurso devidamente processado (contrarrazões às fls. 131/132), com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 143/148).

É o relatório.

O recurso ministerial não comporta provimento.

O recorrido foi denunciado por infração ao artigo 303, parágrafo único, c.c. o artigo 302, parágrafo único, inciso III da Lei nº 9.503/97, por duas vezes, na forma do artigo 70 do Código Penal, e artigo 305 do CTB, ambas c.c. o artigo 298, inciso I, em concurso material, deste último diploma legal, porque em 16 de maio de 2011, por volta das 13h30, na rua Henrique Cabral de Vasconcelos, 1804, na cidade e comarca de São João da Boa Vista, praticou lesões corporais culposas em Gabriela Caroline Campos e Rosemeire Quirino Campos, na direção de veículo automotor, não prestando socorro às vítimas.

E, nas mesmas circunstâncias, o apelado afastou-se do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que poderia lhe ser atribuída (fls. 1d/3d).

De acordo com o que se apurou, o réu retirava seu veículo VW/Cross Fox, do estacionamento de um comércio situado no local dos fatos quando, ao sair de ré, imprudentemente, sem se atentar para o fluxo daquela via, colidiu contra o veículo VW/Fusca, que transitava devidamente pelo local e que tinha como ocupantes as vítimas Gabriela e Rosimeire. Em razão do impacto, a condutora do veículo Fusca perdeu o controle da direção e chocou-se contra o muro de uma residência. Após o embate, o apelado evadiu-se do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe poderia ser atribuída.

Todavia, funcionários do estabelecimento comercial que o apelado deixara minutos antes do acidente, informaram a qualificação e o endereço dele, o que possibilitou sua localização.

De rigor a manutenção do decreto absolutório o apelado da imputação da prática do delito previsto no artigo 305, da Lei nº 9.507/97, nos termos da r. sentença.

Isto porque, por iniciativa da Oitava Câmara Criminal desta Corte, foi arguido, perante o Órgão Especial, o reconhecimento do incidente de inconstitucionalidade nº 990.10.159020-4, julgada em 14.07.2010, sob o fundamento de que ninguém é obrigado a fazer prova em seu desfavor, em razão do que determina a lei processual (artigo 481) e também considerando a Súmula Vinculante 10 ("*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão*

Acesso ao Sumário

de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”).

O Colendo Órgão Especial a respeito deste artigo, assim se decidiu:

“Incidente de inconstitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Código de Trânsito Brasileiro, art. 305 - fuga à responsabilidade penal e civil. Tipo penal que viola o princípio do art. 5°, LXIII - garantia de não autoincriminação. Extensão da garantia a qualquer pessoa, e não exclusivamente ao preso ou acusado, segundo orientação do STF. Imposição do tipo penal que acarreta a autoincriminação, prevendo sanção restritiva da liberdade, inclusive para a responsabilidade civil. Inconstitucionalidade reconhecida. Incidente acolhido. É inconstitucional, por violar o art. 5°, LXIII, da Constituição Federal, o tipo penal previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Ação de Arguição de Inconstitucionalidade n° 990.10.159020-4, Rel. Boris Kauffmann, j . 14.7.2010).

Estabelece-se, desta maneira, que o Órgão Especial desta Corte decidiu reconhecer a inconstitucionalidade deste dispositivo, devendo-se aplicar o decidido para que se mantenha a segurança jurídica das decisões.

Portanto, deve ser arredado da denúncia este delito, já que foi considerado pelo Tribunal de Justiça como inconstitucional.

Neste sentido, esta Colenda 8ª Câmara Criminal, em recente decisão:

“APELAÇÃO CRIMINAL PRETENSÃO DEFENSIVA DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE. PLEITO SUPLETIVO DE REDUÇÃO DAS PENAS IMPOSTAS PELA CONFISSÃO. CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS ARTS. 305 E 306, DA LEI Nº 9.503/97.

CASO EM QUE O ARTIGO 305, DA LEI 9.503/97, FOI JULGADO INCONSTITUCIONAL POR ESTA CORTE, A ENSEJAR A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE QUANTO A TAL IMPUTAÇÃO. SITUAÇÃO EM QUE, EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 306, DO CTB, A DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO ESTÁ A ENSEJAR NENHUMA MODIFICAÇÃO. Recurso parcialmente provido, com determinação (TJ Apelação nº 0005920-84.2011 – 8ª Câmara Criminal – Relator Marco Antônio Cogan – J. 30.10.2014).” g. nosso.

Resta, assim, da condenação somente o crime do artigo 303, parágrafo único (por duas vezes) do CTB, na forma do artigo 70, do Código Penal e, à vista do conformismo da Defesa, mantém-se tal como estabelecida pelo douto julgador.

Do exposto, por meu voto, <u>NEGO PROVIMENTO</u> ao recurso ministerial.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0075457-05.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados LAURO PEREIRA DA SILVA e ROGÉRIO DE SOUZA BUENO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.896)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente sem voto), MOREIRA DA SILVA e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DOS CORRÉUS PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06.

CORRÉUS ABSOLVIDOS DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 35, DA LEI Nº 11.343/06, COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VII, DO CPP.

CASO EM QUE PROVA PRODUZIDA APENAS NA FASE EXTRAJUDICIAL NÃO TEM O CONDÃO DE ENSEJAR A PRETENDIDA CONDENAÇÃO.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público em desfavor de Lauro Pereira da Silva e de Rogério de Souza Bueno, que foram absolvidos da imputação da prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06 (fls. 186/192).

Aduz o doutor Promotor de Justiça que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que o apelado seja condenado nos termos da denúncia, quanto ao delito de tráfico de drogas, alegando que ficou devidamente comprovado o seu exercício pelos corréus, considerando que foram presos em flagrante, em atitude típica de mercancia, conforme depoimento administrativos dos policiais responsáveis pela diligência (fls. 203/207).

O recurso foi contrarrazoado pela Defensoria, que requer o seu desprovimento, ressaltando a imprestabilidade dos depoimentos dos policiais, seja pela má qualidade da gravação da mídia encartada nos autos, seja pelo fato de que o segundo policial civil não se lembrou de relevantes aspectos da prisão dos apelados, e porque a condenação que se baseasse unicamente em elementos colhidos no inquérito policial violaria o princípio do contraditório (fls. 209/217).

E a D. Procuradoria de Justiça, em seu r. parecer, se pronunciou pelo provimento do apelo, para anular-se a decisão guerreada, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, para que a prova acusatória seja refeita (fls. 223/226).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto, há que se desprover o apelo.

Isso porque, conforme se depreende do recurso ofertado pelo Ministério Público em Primeiro Grau, o inconformismo no que tange à absolvição é decorrente da não recepção, como prova, das oitivas produzidas em fase extrajudicial, junto a policiais responsáveis pela prisão em flagrante delito do apelado.

Todavia, depreende-se, do teor do r. parecer da douta Procuradoria de Justiça, que no caso atua como *custos legis*, que, essa pretende, a nulidade do *decisum* e o refazimento do depoimento de uma testemunha de acusação, em fase judicial, por imprestabilidade da mídia que a contém, pleito esse que jamais foi pretendido pelo apelante em fase recursal, não podendo, sob pena de afrontar o verbete 160, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, ser acolhido com base tão apenas, e de forma inédita, em argumentação da douta Procuradoria de Justiça.

De se observar que a essa não cabe complementar o inconformismo ministerial jamais invocado em fase de apelo, pelo representante do *Parquet*, sob pena de dilatar-se a capacidade recursal de uma das partes, indevidamente, com violação ao princípio denominado de paridade de armas, e até mesmo à atuação ministerial em Segundo Grau.

Demais, de se observar, também, a teor do que dispõe o artigo 155, do Código de Processo Penal, não há que se promover, com exclusividade, recepção a depoimentos colhidos apenas em fase de inquérito, para embasar decreto aflitivo, daí porque a sentença há que ser mantida.

Isto posto, nega-se provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público em desfavor de Lauro Pereira da Silva e de Rogério de Souza Bueno, mantendo-se a r. sentença, como prolatada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009048-97.2011.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CÍCERO JOSÉ DA PAZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, acolheram a preliminar para declarar a nulidade do feito, assegurada a intimação das testemunhas arroladas pela defesa.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.938)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação Criminal. Artigo 147, do Código Penal. Violência doméstica. Revogação de mandato de defensor constituído. Defensor "ad hoc" nomeado somente para audiência una. Defensor Público não se manifestou sobre testemunhas arroladas pelo antigo defensor, em defesa preliminar. Cerceamento de defesa. Nulidade absoluta. Caracteriza cerceamento de defesa a não manifestação de defensor dativo sobre testemunhas arroladas pelo antigo defensor. Preliminar acolhida para declarar a nulidade do feito, assegurada a intimação das testemunhas arroladas pela defesa.

VOTO

Cícero José da Paz, por infração ao artigo 129, § 9º, do Código Penal, foi condenado à pena de *três meses de detenção*; por infração ao artigo 147, do Código Penal (por duas vezes) à de *um mês e dez dias de detenção*, fixado o regime aberto. As penas foram suspensas condicionalmente, por dois anos, mediante condições. Assegurado o recurso em liberdade, suspensos os direitos políticos, após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 15, III, da Constituição Federal (fls. 52/55).

Postula o ilustre defensor, preliminarmente, nulidade do processo, por falta de intimação das testemunhas arroladas pela defesa. No mérito, por falta de prova, a absolvição (fls. 83/90).

Acesso ao Sumário

Reiteradas as alegações finais (fls. 92), a d. Procuradoria Geral de Justiça, rejeitada a preliminar, manifesta-se pelo improvimento do recurso (fls. 97/101).

É o relatório.

Acolhe-se a preliminar arguida pela defesa, integrada por ilustres advogados e estagiários do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Nove de Julho - UNINOVE.

Ao apresentar a defesa preliminar, o então defensor constituído arrolou três testemunhas, indicando o respectivo endereço de cada uma delas (fls. 66).

Ocorre que o despacho de fls. 76 não foi devidamente cumprido. Consta dos mandados de intimação unicamente a testemunha Paulo Roberto Bezerra, além da vítima e do apelante (fls. 86/87). Também do mandado subsequente (fls. 46).

Na audiência de instrução, debates e julgamento, em face da informação do apelante de que o advogado Luciano Afonso de Oliveira não atuava, na defesa, cuidou-se de nomear o ilustre advogado Luiz Carlos Legui (OAB/SP 94332).

Em face da determinação judicial de expedição de ofício à Defensoria Pública para nomeação de defensor dativo para prosseguir na defesa do acusado, tem-se que o referido causídico apenas foi nomeado *ad hoc*.

Necessário seria que desde logo fosse nomeado defensor para atuar na defesa do apelante, não se satisfazendo a garantia da ampla defesa com a participação de defensor *ad hoc*, em se tratando de audiência una, em que produzida a prova, apresentadas as alegações orais e prolatada a sentença.

Seja como for, ainda que possível fosse, o fato de não ter havido expressa manifestação, quanto às testemunhas arroladas tempestivamente, na defesa preliminar, contamina o feito de forma insuperável.

Assim, no caso presente, em face das circunstâncias apontadas, a nulidade decorre de ato praticado em violação à garantia constitucional, devendo ser tida como absoluta. Nem mesmo a coisa julgada convalida o vício, pois atinge interesse público, podendo ser inclusive reconhecida de ofício (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades no Processo Penal*, 5ª ed., Malheiros, 1996, p. 25).

Diante do exposto, por votação unânime, acolheram a preliminar para declarar a nulidade do feito, assegurada a intimação das testemunhas arroladas pela defesa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025023-48.2006.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes/apelados MAURÍCIO BERTONI BIAQUETI, ALESSANDRO BERNEIRA TREVISAN e ANTONIO CARLOS MOREIRA e Apelante/A.M.P ANTONIO APARECIDO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento aos recursos dos APELANTES, confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus termos. V.U. O E. Desembargador Roberto Solimene declara voto convergente.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.532)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: APELAÇÃO. CONCUSSÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS E REGIME PRISIONAL MANTIDOS. IMPROVIMENTO DOS APELOS.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 631/647 e Declaração de fls. 723, proferida pela Ilustre Magistrada MARIA DE FÁTIMA GUIMARÃES PIMENTEL DE LIMA, acrescenta-se que ANTONIO CARLOS MOREIRA, MAURÍCIO BERTONI BIANQUETI e ALESSANDRO BERNEIRA TREVISAN foram declarados incursos nas normas dos artigos 316, "**caput**", combinado com o 29, ambos do Código Penal, e condenados a cumprir, no regime semiaberto, as penas de **CINCO (05) ANOS DE RECLUSÃO** e pagamento de **VINTE E CINCO (25) DIAS-MULTA** mínimos, bem como, foi declarada a perda do cargo ou função pública que exercem.

Inconformados, apelaram. O Assistente de Acusação ANTONIO APARECIDO requereu a majoração da reprimenda em razão do crime ter sido cometido por Policiais Civis, considerando que a vítima foi mantida em ambiente hostil e foi privada de sua liberdade (fls. 747/750).

ANTONIO CARLOS arguiu, em preliminar, a nulidade processual

Acesso ao Sumário

porquanto ausente o pronunciamento judicial quanto a absolvição sumária e a falta de autorização judicial para realização da interceptação telefônica. No mérito, pleiteou sua absolvição pela ausência de provas quanto ao seu envolvimento no delito, e a redução da reprimenda (fls. 759/764).

MAURÍCIO, em preliminar, arguiu a nulidade da sentença pela utilização de prova ilícita consistente em interceptação telefônica sem prévia autorização judicial, pela edição da fita, ou pela falta de fundamentação legal na sentença. No mérito, requereu sua absolvição pela fragilidade probatória ou pela inexistência do crime de concussão. Subsidiariamente, pediu a redução da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fulcro no artigo 44, incisos I, II e III, do Código Penal (fls. 846/879).

ALESSANDRO requereu, em síntese, sua absolvição com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 888/908).

O recurso foi bem processado, vindo para os autos a contrariedade de fls. 911/915, onde é demonstrada a necessidade da manutenção da r. sentença recorrida.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 918/926, opinou pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

As preliminares arguidas não prosperam.

Quanto a ausência de manifestação expressa sobre eventual absolvição sumária, de fato não houve análise expressa nos despachos que se seguiram, todavia, como bem ponderado pela Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, "*durante todo o transcorrer da ação penal o acusado não se insurgiu contra tal situação, guardando o argumento apenas para o recurso de apelação. Ora, o momento processual já restou superado de há muito, e a omissão quanto a possível julgamento antecipado restou suprida com superveniência da decisão final, que não encontrou fundamento para um decreto absolutório, o que espanca a possibilidade de que o réu a lograsse em análise preliminar*."

Em relação as interceptações telefônicas não há qualquer irregularidade, visto que a gravação foi realizada com a orientação e apoio técnico da Corregedoria da Polícia e tal atividade em nada contribuiu para a realização do crime que já havia sido consumado anteriormente.

Assim, não se trata de interceptação telefônica de conversa alheia, mas sim, registro de comunicação própria.

Ademais, como bem ponderado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, é lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro.

Por fim, a r. sentença atacada está amparada nos ditames da lei e

Acesso ao Sumário

devidamente fundamentada, e, segundo a orientação jurisprudencial dominante, a fundamentação concisa não se confunde com a falta de motivação.

No mérito a r. sentença deve ser mantida.

Interrogado em Juízo, o Chefe dos Investigadores de Polícia MAURÍCIO informou que na ocasião trabalhava com os acusados sendo que ANTONIO CARLOS era efetivo e ALESSANDRO estava tentando uma permuta. Contou que havia uma orientação da Delegacia Geral para verificar o funcionamento das *Lan Houses* e permanência de crianças. Convidou o proprietário do referido estabelecimento a comparecer na Delegacia e este o fez de livre e espontânea vontade cerca de dois dias depois levando o contrato social, alvará da prefeitura e uma nota fiscal de licença de softwares. Estranhou que na data da nota fiscal constava o dia anterior a ida à Delegacia e posterior à visita dos policiais. Foi confirmada a emissão da nota fiscal na data aposta no documento através de uma ligação. O proprietário da *Lan House* disse que gostaria de ser ouvido na presença de seu advogado, que era seu primo, e realizou várias ligações. Com a chegada do advogado, informou que apenas estava verificando as notas fiscais e, em seguida, o indivíduo foi liberado. Ficou sabendo da acusação apenas quando foi intimado pela Corregedoria, bastante tempo depois. Desconhece o motivo da acusação (fls. 290/291).

No mesmo momento processual, o Carcereiro ALESSANDRO negou a prática delitiva. Relatou que havia pedido a Seccional transferência para outra Delegacia e estava dando uma volta pelo bairro para conhecer o local, momento em que ANTONIO CARLOS visualizou uma senhora brigando com uma criança, porque esta não ia à escola para ficar em uma *Lan House*. Foi ao referido estabelecimento comercial e solicitou a documentação a pessoa identificada como o Gerente, que falou que estava tudo regular, mas não tinha os documentos naquele momento, razão pela qual, foi convidado a comparecer à Delegacia. Narrou que dois dias depois, o indivíduo levou a mencionada documentação, contudo achou estranho o nervosismo do mesmo. Realizou a verificação do documento como de praxe, e o indivíduo requereu a presença de seu Advogado, que chegou e após tudo esclarecido e nenhuma irregularidade constatada, devolveram a documentação e liberaram o indivíduo. Em nenhum momento foi determinado ao proprietário do estabelecimento que ligasse para a mulher (fls. 292/293).

Acesso ao Sumário

Em fase idêntica, o Investigador de Polícia ANTONIO CARLOS informou que, juntamente com ALESSANDRO, foi atender a solicitação de uma mãe que discutia com seu filho pelo fato deste permanecer em uma *Lan House* no horário da escola. Foi ao mencionado estabelecimento comercial e solicitou a documentação do local, tendo o gerente se prontificado a apresentá-la na Delegacia, posto que estava com seu sócio. O indivíduo, dois ou três dias depois, compareceu espontaneamente à Delegacia e apresentou documentos,

todavia, estranhou que uma das notas fiscais estava com a data daquele dia, de forma que foram verificar, via telefone. Neste momento, o indivíduo ficou nervoso e perguntou se poderia chamar um advogado, o que foi concedido. Verificada a veracidade das notas fiscais, MAURÍCIO autorizou a dispensa do ofendido. Não presenciou qualquer conversa ou fez exigência à vítima para sua liberação. A documentação foi entregue ao mesmo, acompanhado de seu advogado (fls. 294/295).

A vítima ANTONIO APARECIDO declarou que gerenciava uma *Lan House*, de propriedade de sua companheira e do cunhado, e que recorda-se que no referido estabelecimento compareceram os policiais ALESSANDRO e ANTONIO CARLOS informando que estavam no local em virtude de uma denúncia anônima, mas não explicaram o motivo. Atestou que compareceu à Delegacia no dia seguinte para apresentar as autorizações e notas fiscais para os três acusados. MAURÍCIO dizia que as notas eram "frias". Explicou que as notas fiscais tinham datas do dia anterior porque estava legalizando os novos Windows. Foi-lhe dito que enquanto ele não falasse com os proprietários, não sairia dali, todavia, ao entrar em contato com sua mulher esta lhe disse que não poderia comparecer à Delegacia naquele momento. Nesse instante ALESSANDRO saiu da sala e CARLOS e MAURÍCIO diziam: "*a gente sabe quanto uma lan house fatura",* e CARLOS falou*: "você precisa fazer algo que seja bom para você*", e MAURÍCIO completou: "*bom pra ele, bom pra todo mundo*", instante em que CARLOS falou em voz baixa: "*dez mil e mostrou com as duas mãos abertas*". De seu próprio celular, entrou em contato com o advogado ANTONIO VELOSO que compareceu à Delegacia e perguntou quanto ele tinha para fazer um acordo, contudo não concordou, porque tinha a documentação correta. Ao fim, acabou concordando em pagar o valor de R$ 4.000,00 no dia seguinte e só recebeu de volta uma licença. Foi à Corregedoria comunicar o ocorrido e por orientação desta tentou o acordo por telefone, sendo a conversa gravada. Falou com o Advogado que informou que valia o combinado e que estava "*pisando na bola, porque não está cumprindo o acordo*". Por telefone falou com ALESSANDRO, que pediu para que ele fosse até o local para conversar. Não teve mais nenhum contato com os acusados (fls. 487/488).

A testemunha de acusação ANTONIO VELOSO, advogado, declarou que não conhecia os acusados e compareceu à Delegacia a pedido da genitora da vítima. Soube que a Corregedoria teria gravado sua conversa com o ofendido, e este indagou quanto custaria seus serviços se houvesse um processo, respondendo ao mesmo que seriam R$ 4.000,00. Posteriormente, a vítima falou que teria contratado outro advogado, quando mencionou que ele não estava cumprindo o combinado. Relatou que não leu o conteúdo da gravação da conversa que teve com a vítima e não tem condições de explicar as transcrições de fls. 205/207. Não se recorda de ter usado a expressão "grana" e não costuma usar este

Acesso ao Sumário

vocabulário. Não teve qualquer conversa reservada com os acusados, sendo tudo feito na presença do ofendido. Na ocasião, a documentação apresentada pela vítima não apresentava irregularidade e foi devolvida. Não presenciou os policiais insinuarem a cobrança de qualquer vantagem ilícita e não entregou qualquer dinheiro aos mesmos (fls. 489/490).

A testemunha de defesa JULIO, Delegado de Polícia, relatou que conhece e já trabalhou com os acusados. Asseverou que havia uma determinação para que fossem vistoriadas as *Lan Houses* das circunscrições. Posteriormente, ficou sabendo das diligências realizadas por ANTONIO CARLOS e ALESSANDRO, bem como, que a vítima foi uma única vez na Delegacia e não havia qualquer irregularidade na documentação de seu estabelecimento. Soube dos fatos pela Corregedoria e, que na apuração administrativa, houve gravações telefônicas com os acusados, todavia, não leu o conteúdo da degravação. Desconhece qualquer outro processo administrativo referente aos acusados ou qualquer fato que desabone suas condutas, bem como, qualquer motivo que a vítima tenha para acusar injustamente os mesmos (fls. 491).

A materialidade delitiva restou plenamente comprovada pelo laudo de degravação da conversa telefônica (fls. 202/208), corroborado pelo depoimento da vítima.

A autoria, de forma idêntica, é inconteste.

Diante deste quadro probatório, impossível se faz a absolvição dos APELANTES, apontados pela vítima como as pessoas que, na condição de policiais, exigiram-lhe o valor mencionado na Denúncia.

A palavra da vítima, em sede de crimes desta espécie, é de vital importância e só pode ser desprestigiada com a produção de provas cabais a demonstrar falácia da mesma nas declarações prestadas.

Efetivamente, tratando-se de crime quase sempre cometido na clandestinidade, a palavra da vítima ganha relevo maior e deve ser admitida como verdadeira, não tendo razão para imputar-lhes a prática de tão grave infração.

Assim, inexistindo provas cabais para infirmar as declarações da vítima, meros argumentos de autoridade não bastam para tanto, razão pela qual os seus esclarecimentos devem ser tidos como válidos e aptos ao suporte da condenação editada.

As penas foram corretamente fixadas acima dos mínimos, considerada a gravidade das condutas dos APELANTES, que na qualidade de policiais deveriam resguardar a sociedade e, ao contrário, exigiram vantagem indevida ao ofendido, violando gravemente os deveres inerentes as suas funções, sendo assim, tornadas definitivas em cinco anos de reclusão e pagamento de vinte e cinco dias-multa mínimos para cada um dos RECORRENTES, bem como, a

Acesso ao Sumário

perda do cargo ou função pública que exerciam.

O regime prisional semiaberto é o adequado à espécie e fica mantido.

Também não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos motivos já expostos.

Assim, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento aos recursos dos APELANTES, confirmando- se a r. sentença recorrida em todos os seus termos.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto n. 26.208)

Respeitados os relevantes termos suscitados pelas defesas, ainda assim acompanho o E. Rel. e justifico.

A conversa telefônica, objeto desta declaração de voto, deu-se entre dois parentes: o ofendido e alguém de sua família, o qual também exerce a nobre atividade de Advogado.

Mais precisamente, aquele a quem foi pedido socorro, por uma tia, quando instado a ir até o distrito policial, exatamente para buscar saber sobre o dono da *lan house*.

O causídico, no entanto, não se achava na ocasião exercendo seu mister.

Da transcrição em comento se conclui que funcionava em tarefa não prevista no extenso e relevante rol da Lei 8.906/94.

Ora, cf. dispõem os termos do art. 7º, II do Estatuto da Advocacia, realmente, está garantida ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, todavia, com a expressa ressalva posta pelo legislador e acolhida como constitucional pelo Col. Supremo Tribunal Federal, “desde que relativas ao exercício da advocacia”(cf HC 91.867/PA, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 24.4.2012).

O destinatário da franquia da inviolabilidade profissional é o cidadão, titular dos direitos patrocinados, não o advogado, mero intermediário (cf. pronunciamento do Min. CELSO DE MELLO, do STF, vi de MS-MC 23.595).

Então, se assim o foi, na menos favorável das hipóteses, é de se concluir que o ofendido abriu mão daquela prerrogativa.

A mesma não poderia, por tais razões, ser usada em seu desfavor, se ele era o único destinatário da sobredita garantia.

Nesse mesmo sentido a lição de JOSÉ ROBERTO BATOCCHIO, *in* “A inviolabilidade do Advogado em Face da Constituição de 1988”, RT 688/401-407.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Alegou-se nulidade da tal prova de fls. 35 e 202/208 (a captação de conversas telefônicas), porque realizada sem autorização judicial e em suposta afronta ao art. 1º da Lei 9.296/96.

Sem razão.

A gravação clandestina feita por um dos interlocutores sem conhecimento do outro não constitui interceptação vedada pela Constituição da República, cf. jurisprudência dos Tribunais superiores.

Confira-se: STF, 2ª T., AgR – AI 503.617/PR, rel. Min. Carlos Velloso, RTJ, 195/363; STF, 2ª T., AgR – AI 578.858/RS, relª Minª Ellen Gracie, RTJ, 211/561; STF, RE 402. 717/ PR, rel . Min. Cezar Peluso, DJe 13. 2. 2009; STF, HC 75. 338/ RJ, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25.6.1998; STF, HC 74. 678, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 15.8.1997; STF, HC 75.261, sessão de 24.6.1997 e DJ de 27.3.1998; STJ, 5ª T., AgR – Ag 1.142.348/PR relª Minª Laurita Vaz, DJe, 09/11/09; STJ, 5ª T., HC 87.094/PR rel. Min. Napoleão Nunes Filho, DJe, 24/11/08; STJ, 5ª T., HC 19.136/MG rel. Min. Felix Fischer, DJU, 14/05/07, pág. 332; TSE, AgR – REspE 4.198.880/RO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe, 10/05/2010, pág. 21.

Tal medida, que foi adotada pela vítima, estava evidentemente permeada como sendo um regular e oportuno exercício de legítima defesa, especialmente por ser alvo de ação de quem se contrapõe aos rigores da lei.

Respeitosamente, fere o senso comum insinuar violação ao direito de privacidade quando um deles grava diálogo para fazer prova de que se acha em risco por conta de chantagistas.

Aquele que revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta (conduta de quem furtivamente toma conhecimento de colóquio do qual não é partícipe ou interlocutor). Não. Tão-somente dispõe do que é seu também, não subtraindo de ninguém o sigilo à comunicação.

Situação que violaria o sigilo seria penetrar conversa de estranhos. Evidentemente, não era a hipótese destes autos. A Constituição preserva o cidadão da intromissão clandestina, o que não era o caso. Aqui não incide a Lei 9.296/96.

O rol de supostas ligações telefônicas, produzido pelo acusado Maurício, perdeu relevância diante da conduta despojada e direta do ofendido, da fita e do que há nela. Por que, então, o chefe dos policiais se reuniu, sem inquérito, com alguém não oficialmente investigado acerca de coisa alguma, acompanhado de quem (corréu) sequer era lotado naquela repartição?

Outrossim, nem era caso mesmo de açodado pronunciamento sobre a absolvição sumária. Ao designar audiência, aquela pretensão ficou desconsiderada.

Quanto ao mais, dizer-se que não há provas nos autos, contra este ou

Acesso ao Sumário

contra aquele increpado, importaria cercear descabidamente o poder-dever do Juiz de formular sua convicção. Convenhamos, a vítima sempre disse a mesma coisa. Procurou o órgão correcional da Polícia. Apresentou como reforço de sua afirmativa uma fita magnética de áudio, da qual extraímos imputações contra os apelantes.

Repito: foi-nos dado saber que os policiais, sem inaugurar inquérito, fizeram com que a vítima se dirigisse até a delegacia de polícia e ali a mantiveram, para tratar de assuntos (?), até a chegada de um Advogado, versão aquela bem descartada pelo MM Juiz e pelo E. Des. Rel.

Ouvido em juízo, o Dr. Veloso (Antonio Veloso de Paula), quem primeiro assessorou o ofendido, não se deu ao trabalho de explicar sua participação no diálogo inserido na fita apreendida a fl. 35. *Verbis*: "(...) Não tem condições de explicar as transcrições de fls. 205/207 (...)". Aliás, sequer invocou o art. 7º, II do EOAB. Igualmente não contestou o emprego da expressão literal (vide fl. 205): "(...) Você foi lá, os caras te pediram grana, pediram lá o que você sabe que te pediram (...)".

A propósito, em absoluta congruência com o declarado pela vítima, segundo a fita cassete, o Dr. Veloso empregou três expressões suspeitosas, a saber, *verbis*: "(...) os cara chegaram lá e me pediram dez conto (...) ele vai ter que fazer um choro lá (...) vai ter que ser o intermediário de você (...) Depois o Advogado chegou e negociou com eles em quatro conto? (...)"(literalmente) .

Os apelantes não negaram a presença da vítima no distrito e que com ela conversaram sem instauração de inquérito. A propósito, insisto, o que ali fazia quem não era lotado naquela delegacia, o policial Alessandro? (vide fl. 925). Por quais razões, afinal, tiveram diligência envolvendo o negócio comercial da vítima? Isso não foi devidamente esclarecido.

A denúncia feita à corregedoria pela vítima acabou envolvendo um parente seu, o Dr. Veloso. Então, sem razão, o ofendido se apressa sem razão em contrariar a segurança profissional do próprio parente?

Estes dados não podem simplesmente ser ignorados.

O benefício da dúvida, preceito do qual desfrutam acusados processados em nações civilizadas, jamais significou dizer que o julgador, no exercício do seu mister, devesse renunciar à razão. São precisamente os crimes sem testemunhas presenciais que melhor se prestam ao exercício da inteligência. Em verdade, a percepção pelos sentidos não é melhor do que a compreensão pelo raciocínio: são apenas dois modos diferentes de apreender a realidade.

Também os indícios se prestam a demonstrar a realidade e de acordo com a doutrina dominante, sua eficácia não é menor do que a da prova direta, razão pela qual, quando os indícios são concordantes com outras provas colhidas, a condenação estará justificada.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Tal orientação é reconhecida aos borbotões na doutrina, vide lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *in* Elementos de Direito Processual Penal, vol. 2, 2ª edição, Rio: Forense, 1965, p. 378. No mesmo sentido: EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *in* Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, 1969, n° 79, pág. 142 e ADALBERTO DE CAMARGO ARANHA, *in* Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, XVI, 5.1, pág. 169; e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, *in* Da Prova Indiciária, RT 610/298-303.

Indicio vem do latim *indicare*, que significa indicar , apontar, mostrar com o dedo ou por meio de um sinal qualquer, demonstrar, revelar. Os escritores mais antigos chamavam os indícios de testemunhas mudas.

Realçou MITTERMAYER, cf. o "Tratado da Prova em Matéria Criminal, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 2ª ed., 1909, p. 361, que "(...) O indício é um fato em relação tão precisa com outro fato que, de um, o juiz chega ao outro por uma conclusão natural (...)".

Consoante se aquilata do teor do art. 239 do CPP, considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias (na espécie, o tipo criminal referido na r. sentença).

Pelos indícios vai-se do fato indiciário - através de operação lógica - ao fato a ser provado, segundo os princípios da razão (*id quod plerumque accidit*).

Pela prova indiciária – que o Estatuto da Magistratura jamais impediu, nem poderia fazê-lo – alcança-se determinada conclusão sobre determinado episódio através de um processo lógico-construtivo, estabelecendo-se o devido nexo de causalidade.

Desta sorte, os indícios constituem modalidade indireta de prova e diferem da prova direta por que, nesta, o *fato probando* obtém silhueta e contornos instrutórios imediatos, apresentando-se, como perlustra MAGALHÃES NORONHA, "diante de nós, sem necessidade do processo lógico-construtivo, porque se nos revela através do testemunho, confissão, perícia, etc (...)".

Os indícios, em linhas gerais, são sim suficientes para o respaldo e embasamento de uma sentença de preceito condenatório (RT 401/285, 555/114, 722/462), principalmente se afastam qualquer hipótese favorável ao acusado (RT 110/127, 214/61, 218/96, 395/309 e 401/285).

O decano desta 9ª Câm. de Direito Criminal, o E. Des. SOUZA NERY, no julgamento da apel. 0097665-80.2011.8.26.0050, comarca da Capital, sessão de 6.2.2014, predicou, *verbis*:

"(...) O acolhimento da pretensão punitiva é possível a partir da prova que, ainda que não conducente à certeza plena, afaste a presença de dúvida razoável. Para a condenação é suficiente a evidência que afaste dúvida significativa, seja a respeito da materialidade da infração, seja sobre a respectiva autoria.

É a prova que, consoante o direito norte-americano, conduza à certeza possível, *beyond any reasonable doubt*. Por isso, expressões como prova categórica, prova cabal, prova inconcussa e outras assemelhadas não constituem mais que eufemismo (...)"

Seria exigir demais *prova provada* em situações como as dos autos, o que não quer dizer que não retiremos do contexto probatório que a vítima disse a verdade, inclusive no firme reconhecimento pessoal do corréu Maurício, superior hierárquico dos demais, aquele que os colegas tentaram preservar, pela própria posição administrativa da qual gozava ao tempo dos fatos.

Óbvio, a palavra da vítima é indicador relevante no convencimento do MM Juiz, em qualquer grau de jurisdição. Foge ao bom senso (art. 335 do CPC) que alguém se dedique a incriminar injustamente quem sequer conheça.

Realmente, nos crimes em geral, depois de se verificar que os agentes nada alegaram contra o sujeito passivo da infração penal, chega-se à conclusão de que o ofendido não tem proveito em mentir e, se o fizer, pode inclusive incidir no crime de denunciação caluniosa (art. 339, *caput*, do Cód. Pen.), por dar causa à investigação da polícia ou ao processo judicial (cf. Antonio Milton de Barros, Da Prova no Processo Penal, 1ª ed., J. Oliveira, 2001, cap. IV, nº 3.1, pág. 75). O seu único interesse era, portanto, apontar o verdadeiro autor da infração penal (veja-se, p. ex., patrocinando a mesma lição Carl Joseph Anton Mittermaier , Tratado de la Prueba en Materia Criminal, tradução de Pedro Aragoneses Alonso, 10ª ed., Reus, Madrid, 1979, págs. 290-1 e nota 1, ou Tratado da Prova em Matéria Criminal, tradução de Alberto Antonio Soares, 3ª ed., Ribeiro dos Santos, 1917, pág. 403 e nota 12; Nicola Framarino Dei Malatesta, Logica de las Pruebas en Materia Criminal, tradução de Simón Carrejo e Jorge Guerrero, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1978, vol. II, págs. 143-4, ou A Lógica das Provas em Matéria Criminal, tradução de Paolo Capitanio, 1ª ed., Bookseller, Campinas, 1996, págs. 409-10; Eugenio Florian, De las Pruebas Penales, tradução de Jorge Guerrero, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1990, vol. II, nº 26, pág. 70; Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, cap. XIII, nº 5, págs. 111-3; Borges da Rosa, Comentários ao Código de Processo Penal, 3ª ed., RT, 1982, art. 201, nota I, pág. 310; José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, nº 496, pág. 315; Edgard Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, 1969, nº 67, págs. 120-1; José Lisboa da Gama Malcher, Manual de Processo Penal Brasileiro, 1ª ed., F. Bastos, 1980, vol. I, nº 263, pág. 379; Weber Martins Batista, O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal, 2ª ed., Forense, 1995, XLV, 2, págs. 460-3; Júlio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretad*o*, 5ª ed., Atlas, 1997, nº 201.4, pág. 280; STF, 2ª Turma, HC 74.379-0/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 29/11/96, pág. 47.160; RTJ, 88/371, 131/873 e 163/1028;

Acesso ao Sumário

RT, 390/342, 484/320, 600/382, 618/304, 619/353, 620/269, 655/396, 656/317, 672/329, 688/331, 709/330, 715/463, 717/412, 718/405, 721/512, 732/632, 737/624, 739/626, 744/601, 759/713, 776/611, 804/624-679, 812/585, 814/ 618 e 816/ 683; LexJTJ, 154/ 306, 165/ 339, 176/ 324, 184/ 305 e 252/ 445; 46/ 69- 100- 106- 291- 306- 477, 47/ 237- 268- 272- 279, 48/ 185- 218- 228- 234- 474, 58/ 52- 104, 59/ 67- 125- 214 e 60/ 102; JCat , 80/ 585; RJTJERGS, 184/ 115, 190/ 129 e 191/ 147; JTAERGS, 85/ 97 e 103/ 89) .

Então, por tais razões é que descartei o argumento inconvincente de que a r. sentença seria injusta e imoral, na medida em que a lei processual garante ao Juiz, na formação de seu convencimento, liberdade de intelecção, desde que devidamente fundamentada (STF, HC 119.315/PE, rel. Min. CARMEN LÚCIA, j. 4.11.2014).

E bem fundamentaram seus respectivos convencimentos, respaldados em elementos inseridos nos autos, doutrina e jurisprudência.

Perfilhando, então, idêntica conclusão, e pedindo vênia ao Dr. Advogado, rejeito as matérias preliminares e não abro divergência quanto ao mais, posicionando-me veementemente pelo desprovimento dos recursos.

ROBERTO SOLIMENE, Desembargador, Terceiro Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000893-04.2009.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSIVALDO DE ARAÚJO SANTOS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8230)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), OSNI PEREIRA e BORGES PEREIRA.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação ministerial. Receptação. Sentença absolutória. Evidente conhecimento da apelada quanto à origem ilícita de quantia financeira auferida. Provas

nos autos suficientes para haver a demonstração do dolo. Condenação. Recurso ministerial provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo representante do Ministério Público contra decisão proferida em 5 de março de 2014 (fls. 200/204), pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Antônio Fernando Scheibel Padula, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro, que absolveu JOSIVALDO DE ARAÚJO DOS SANTOS da imputação tipificada pelo art. 180 do Código Penal, sob o fundamento de insuficiente probatória.

Irresignado, o representante do *parquet* interpôs recurso de apelação, pleiteando a condenação do recorrido, em vista do robusto acervo probatório coligido.

Em suas contrarrazões o apelado bateu-se pelo acerto do *decisum*, pleiteando a manutenção do édito absolutório.

A douta Procuradoria Geral de Justiça endossou as razões recursais e opinou pelo provimento do apelo ministerial.

É o relatório.

Devidamente apreciado, o recurso ministerial comporta provimento.

Consoante descreve a denúncia, no dia 6 de dezembro de 2008, na Avenida 36, em patrulhamento de rotina, policiais militares abordaram o apelado na condução da motocicleta *Honda Biz*, placas DHL2506, a qual sabia ser produto de furto perpetrado, 3 dias antes, em face da vítima João Carlos rodrigues Alves.

A materialidade e a autoria restaram amplamente demonstradas, no decorrer da instrução processual, conforme provas coligidas, todas em perfeita consonância, restando de rigor a condenação do recorrido.

A vítima João descreveu (fl. 189) a dinâmica do furto de sua motocicleta, a qual foi recuperada em perfeito estado, contudo não reconheceu o apelado como autor da subtração.

O policial militar Edmilson Bertagna relatou (fl. 190) ter abordado o apelado na condução da motocicleta descrita na denúncia, o qual teria alegado seu empréstimo de terceiro desconhecido, desprovido, porém, dos documentos de porte obrigatório.

Em seu interrogatório, o apelado confirmou (fl. 191v.) que conduzia a motocicleta, afirmando tê-la empresado, pouco antes, de um rapaz, conhecido de vista, cujo nome seria *Reinaldo*.

O auto de exibição e apreensão (fl. 7), aliado ao boletim de ocorrência da subtração (fl.3), é suficiente à materialidade delitiva, certificando as condições da motocicleta apreendida.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Quanto ao depoimento do policial militar, deve ser analisado sob o mesmo prisma de qualquer outra testemunha, não tendo seu valor diminuído pelo fato de ser servidor público. A esse respeito, valioso mencionar decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

> *Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.* (HC 166979/SP. Min. Rel. Jorge Mussi. 5ª Turma. DJe 15.08.2012)

Ademais, sendo agente público, goza de presunção de legitimidade, não se podendo, em princípio, considerá-lo inidôneo ou suspeito para prestar depoimentos, exclusivamente por sua condição funcional, na ausência de quaisquer elementos concretos aptos a eivar sua credibilidade, os quais, *in casu*, inexistem.

De outro lado, isolada a versão ofertada pelo apelado, sem qualquer respaldo capaz de confirmar a veracidade de suas alegações, tampouco a existência do suposto sujeito responsável pela consignação da motocicleta.

Caso fosse crível a versão aventada, o recorrido, ao menos, declinaria o nome completo, endereço, telefone ou demais contatos de seu suposto conhecido, com o fito de que fosse localizado e ouvido, como suporte à versão sustentada.

É de se estranhar, ter o apelado aceitado o empréstimo de motocicleta, mesmo absolutamente desguarnecida dos documentos de porte obrigatório, fator que, *de per si*, faz emergir desconfiança quanto à origem ilícita do bem.

Não fosse suficiente, imperioso voltar os olhos ao curto lapso temporal entre a data do crime e a localização da *res furtiva* sob a posse do recorrido, corroborando a disparidade de sua versão, restando inequívoca a ciência acerca da espúria procedência da referida motocicleta e, portanto, afastando qualquer hipótese de reconhecimento de modalidade culposa.

Dessa feita, de rigor, a condenação do apelado, devidamente respaldada no farto e harmônio conjunto probatório coligido na fase instrutória.

Quanto à fixação da pena-base, temos defendido a adoção de um sistema de pesos, contando com pontos, para o fim de nortear o juiz na escolha do montante cabível, resguardando, assim, a proporcionalidade e a individualização da pena.

As circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, são compostas por oito fatores, sendo o primeiro a culpabilidade, representando o conjunto dos demais. Portanto, o juízo de censura formado em relação ao fato e seu autor (culpabilidade como fator de aplicação da pena) compõe-se dos seguintes elementos: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima.

Numa perspectiva geral, se os sete elementos inseridos no quadro da

Acesso ao Sumário

culpabilidade forem favoráveis, a censurabilidade será mínima, restando a pena-base no patamar básico; se desfavoráveis, a censurabilidade, obviamente, será extrema, devendo-se partir do máximo previsto pelo tipo penal. Dificilmente, todos os fatores do art. 59 do Código Penal são, ao mesmo tempo, negativos.

Importante destacar constituírem a personalidade, os antecedentes e os motivos como fatores preponderantes, conforme previsão formulada pelo art. 67 do Código Penal (nessa norma, menciona-se a reincidência, que não deixa de ser antecedente criminal). A eles, então, atribui-se o peso 2.

As demais circunstâncias judiciais são menos relevantes, também conhecidos por *componentes rasos*, dividindo-se em dois grupos: a) *componentes pessoais*, ligados ao agente ou à vítima; b) *componentes fáticos*, vinculados ao crime. O primeiro grupo diz respeito à conduta social do agente e ao comportamento da vítima, ao passo que o segundo, às circunstâncias do delito e às consequências da infração penal, atribuindo-se a esses quatro elementos o peso 1.

Portanto, a projeção dos pesos atribuídos aos elementos do artigo 59, em escala de pontuação, forneceria o seguinte: personalidade = 2; antecedentes = 2; motivos = 2; conduta social = 1; circunstâncias do crime = 1; consequências do crime = 1; comportamento da vítima = 1. O total dos pontos é 10.

Firmados os critérios, torna-se fundamental que o magistrado promova a verificação da existência *fática* de cada elemento, avaliando as provas constantes dos autos, para, na sequência, promover o confronto entre os fatores detectados. Dessa comparação, surgirá a maior ou menor culpabilidade, ou seja, a maior ou menor censura ao crime e seu autor.

Vale ressaltar, a individualização da pena é um processo discricionário, juridicamente vinculado aos motivos enumerados pelo julgador. Como regra, portanto, um elemento com peso 2 negativo pode ser compensado por um elemento com peso 2 positivo. Mas tudo depende do caso concreto e da suficiente motivação. Noutro prisma, a personalidade, com peso 2 negativo, pode ser compensada por dois outros elementos, com peso 1 positivo. Essa pode ser a regra, embora somente a situação concreta, espelhada nas provas dos autos, permita ao magistrado avaliar se não cabe uma exceção.[1]

Feitas tais considerações, *in casu,* ante a presença de antecedentes criminais (certidões de fls. 144, 145, 149, 150 e 151 – condenações devidamente transitadas em julgado), exaspero a pena base em 2 pontos, perfazendo 1 ano e 7 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda fase, em vista da reincidência (certidão de fl. 148), majoro a

---

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Forense, 10ª edição.
Manual de Direito Penal. São Paulo: Forense, 6ª edição.
Individualização da Pena. São Paulo: Forense, 6ª edição.

pena em 1/6, totalizando 1 ano, 10 meses e 5 dias, e 12 dias-multa, tornando-a definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes ou causas de aumento e diminuição.

Por derradeiro, a quantidade de pena estabelecida, aliada às condições pessoais do apelante (muito embora não se olvide tratar-se de sujeito reincidente), permite a imposição de regime menos severo, suficiente à reprovação do delito, conforme previsão proveniente da súmula nº 269 do STJ, que admite *a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais*, entretanto, ilide a substituição por restritiva de direitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo ministerial, para condenar JOSIVALDO DE ARAÚJO DOS SANTOS à pena de 1 ano, 10 meses e 5 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 12 dias-multa, no piso legal, declarando-o como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002827-45.2012.8.26.0266, da Comarca de Peruíbe, em que são apelantes JOSÉ MARIA SIQUEIRA ALVES e MARTINHA APARECIDA ALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.909)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Criminal – Embargos de terceiro – Sequestro de bens em procedimento investigatório criminal de delito de tráfico de drogas. Preliminar afastada – Cerceamento de defesa não ocorrente. Imóvel que teria sido adquirido com fruto da mercancia ilegal de entorpecentes – Simulação – Sequestro postulado antes de lavrada a escritura de venda e compra

Acesso ao Sumário

em favor dos embargantes – Má-fé configurada – Precedente – Improcedência que se mantém – Recurso não provido.

VOTO

Embargos de terceiro em sede de sequestro de bem, fundado no art. 4º e seus parágrafos da Lei 9.613/98, nos autos de procedimento investigatório de delito de tráfico de drogas, em que os embargantes, na condição de compradores de imóvel de propriedade do averiguado, pretendem a exclusão da constrição judicial que recai sobre o bem, ao argumento de que, à época da venda e compra, não havia qualquer restrição a impedir a transação.

A r. sentença é de improcedência.

Recorrem os vencidos, arguindo preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, pedem a inversão do resultado.

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Afasta-se a preliminar.

O r. juízo, à fl. 148v destes autos, determinou, expressamente, que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir, "*justificando sua pertinência*".

Entanto, os apelantes, de forma imotivada, protestaram pela oitiva da testemunha Celso da Silva João (fl. 156), somente justificando a produção desse depoimento depois de proferida a r. sentença, por embargos de declaração, que foram rejeitados, e, agora, no apelo.

Assim, não observaram o comando judicial, de molde a operar-se a preclusão, sem contar que a prova testemunhal pouco pode diante da documental, mormente na espécie, como se verá.

Ressalte-se, por sinal, que o juiz é o destinatário da prova e, estando ele convencido de que há elementos suficientes para a formação do seu convencimento, torna-se viável o julgamento antecipado, sem que isso, por si só, configure cerceamento de defesa.

Vai-se ao cerne.

É dos autos que o Ministério Público, em 06.02.2012, ajuizou medida cautelar de sequestro do bem imóvel em foco, com fulcro no art. 4º e seus parágrafos da Lei 9.613/98, contra José Emerson Santos de Jesus e Salete Brum (fls. 22/6 do principal), porque, segundo apurado, o primeiro, em decorrência da prática de tráfico de entorpecente, estaria praticando lavagem de dinheiro. Com o fruto da mercancia ilegal, seu patrimônio aumentava consideravelmente, vindo ele a ocultar, inclusive, o imóvel em tela, situado na Rua Chuvas de Ouro,

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

nº 98, lote 04, quadra 27, Condomínio Bouganville II, Peruíbe.

De fato, com o fim de confundir a verdadeira propriedade do bem, valeu-se do nome de Salete Bum, mãe de sua companheira, para figurar como proprietária, tudo conforme motivos da decisão que determinou o bloqueio da matricula do bem (fl. 148, do feito principal).

Ainda, segundo o Ministério Público, há fortes indícios de que o averiguado José Emerson foi não só o real comprador do imóvel, como também o responsável por toda a sua reforma, quer porque as contas de água estão em nome dele, quer porque as notas de materiais de construção apreendidas indicam que as aquisições foram todas realizadas por ele (fls. 24/5, do principal).

E, durante o tramite do pedido de sequestro, veio informações de que o imóvel em questão estava em processo de venda.

Tanto é que, na data de 07.03.12, foi lavrada escritura de venda e compra afeta ao bem objeto do sequestro, no livro 518, páginas 189/190, do 1º Tabelionato de Notas e de Protestos de Letras e Títulos de Peruíbe, em favor dos embargantes (fls. 76/8).

Por isso que o "*Parquet*" solicitou o imediato bloqueio da matrícula do imóvel (10.429 do CRI de Peruíbe), com o fim de impedir a transferência, o que deferido pelo douto magistrado (fls. 70/1 e 148 v, dos autos principais).

Daí a oposição destes embargos de terceiro, com o escopo de afastar o sequestro oriundo da medida cautelar (fls. 02/20, do principal).

E a pretensão não merece mesmo guarida.

É que, segundo se depreende da documentação acostada aos autos, o instrumento público de venda e compra foi celebrado, como dito, em 07.03.2012, ocasião em que foram reconhecidas as firmas dos contratantes no instrumento particular celebrado na mesma data da escritura (fls. 72/5), o que não é comum, tudo depois do ajuizamento da medida cautelar (fls. 22/6, do principal), aos 06.02.2012, como visto.

Como se constata, as negociações se deram durante a pendencia judicial.

Então, pelas datas, já se vê a má-fé, tanto da vendedora (Salete Brum), quanto dos compradores, ora recorrentes (José Maria Siqueira Alves e Martinha Aparecida Alves, ora apelantes).

É sabido que a aquisição de bem imóvel requer precauções. A checagem total do bem e vendedores é essencial e rotineira, para que não ocorram futuras surpresas, como, por exemplo, a perda do bem.

Contudo, olvidaram-se os apelantes desses documentos, dês que, antes mesmo de lavrada a escritura, dispensaram a apresentação das certidões necessárias à realização do negócio de forma segura (fl. 77).

Aliás, buscaram alguns desses documentos somente depois de formalizada

Acesso ao Sumário

a negociação (fls. 101/4).

Mais um elemento a denotar o dolo.

Ademais, como bem detectou o culto magistrado: "*Outro aspecto suscitado pelo embargado que merece guarida diz respeito ao valor do bem negociado. Como já apontado pelo Juízo (fls. 148/148-v), as partes, além de negociarem o bem por preço muito inferior àquele constante nas avaliações (fls. 157/158), fizeram constar nas escrituras públicas dos imóveis valores discrepantes, sem declararem o valor total das operações realizadas. Diante disso, todos os ângulos de análise da presente demanda a conduzem a sua improcedência, visto que há uma gema de indícios que demonstra que os embargantes fizeram com a requerida do processo cautelar um 'negócio de ocasião', não restando demonstrada a boa-fé alegada capaz de levantar a constrição judicial*" (fl. 212).

Como se não bastasse:

"A boa-fé subjetiva psicológica é o mero desconhecimento do vício, enquanto que a ética é o desconhecimento do vício, somado à adoção de todas as providências cabíveis para investigá-lo e descobri-lo. É o vício que o adquirente não conhecia e nem poderia conhecer, de modo que eventual comportamento culposo é suficiente para tipificar a má- fé. No dizer de Fernando Noronha, duas correntes dividem-se a respeito dos requisitos da boa-fé subjetiva. A primeira corrente, denominada psicológica, exige o dolo ou ao menos culpa grosseira do titular do direito, quanto ao conhecimento do vício. A segunda corrente, denominada ética, exige que a ignorância da existência do vício seja desculpável. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado (O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Saraiva, 1.994, p.134)." (Apelação Cível Apelação n° 990.10.235178-5, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 09.09.2010).

Nesse contexto, ainda que se afaste a má-fé, a decorrer, claramente, das circunstâncias declinadas acima, inclusive o preço abaixo do mercado, indesculpável eventual ignorância dos embargantes em relação ao pedido de sequestro, se não fizeram o levantamento da documentação necessária a uma aquisição sólida.

De resto, fortes os indícios de que o negócio precedente, como justificado, é fruto de simulação e, por conseguinte, nulo (art. 167 do CC), vício a atingir, obviamente, a cadeia sucessória, sem contar que incidente, na espécie, as nulidades do art. 166, incisos III, VI e VII, do Diploma Civil.

Tudo, pois, a justificar a improcedência lançada, cuja motivação é encampada (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento ao recurso.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000207-26.2013.8.26.0443, da Comarca de Piedade, em que são apelantes LUIZ CARLOS MORAIS DA SILVA e RODRIGO SILVA DE JESUS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6593)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), GERALDO WOHLERS e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 24 de março de 2015.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTE – Pretensão de nulidade do processo, em razão da assinatura de peças do inquérito por parte da escrivã de polícia, o que seria atribuição da autoridade policial – Inviabilidade – Delegado de Polícia que estava presente na ocasião, tendo assinado as peças principais – Eventuais máculas ocorridas na fase inquisitiva, ademais, que não afetam a ação penal dela decorrente.

PRELIMINAR REJEITADA.

MÉRITO – Pedido de absolvição por falta de provas – Descabimento – Quadro probatório apto para alicerçar a condenação dos réus – Relato dos policiais dignos de credibilidade – Comprovado o exercício da narcotraficância – Réus surpreendidos em poder de expressiva quantidade de drogas, já separadas para a venda – Pretensão desclassificatória rechaçada – Penas inalteradas – Pleito de substituição por restritivas de direitos – Inviabilidade (artigo 44, I, do CP).

RECURSOS DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 231-242, acrescenta-se que **Luiz Carlos Morais da Silva** e **Rodrigo Silva de Jesus** foram condenados ao cumprimento de quatro anos e dois meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo, por incursos no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, aplicado o § 4º do mesmo dispositivo legal. Porém, foram absolvidos do crime previsto no artigo 35 da lei específica, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignados, apelam os acusados (fls. 256 e 269).

Rodrigo postula desate absolutório por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação do tráfico para a figura prevista no artigo 28 da lei específica e a redução máxima das penas (dois terços), nos termos do § 4º, com substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 270-277).

Luiz Carlos busca, preliminarmente, a nulidade do processo, em razão da assinatura de peças do inquérito por parte da escrivã de polícia, o que seria incumbência da autoridade policial. Quanto ao mérito, também pede a absolvição, sob o argumento de que o tráfico não restou configurado. Em linha subsidiária, almeja a desclassificação para porte de drogas para uso próprio, a redução máxima das penas nos moldes previstos no § 4º e, por fim, a substituição por restritiva de direitos (316-328).

Os recursos foram respondidos (fls. 279-286 e 332-340).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Hideo Ozaki, manifestou-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento dos apelos (fls. 342-346).

É a síntese do necessário.

2. Inicialmente, frise-se que o pedido de liberdade provisória formulado pelo digno defensor de **Luiz Carlos**, após o oferecimento das razões de recurso (v. petição de fls. 348-349), está prejudicado em razão do presente julgamento.

3. De outra parte, a preliminar de nulidade do processo - igualmente sustentada por **Luiz Carlos** - não procede. Argumenta-se na peça recursal que peças do inquérito foram assinadas pela escrivã de polícia, e não pela autoridade policial, que nem sequer estava presente na delegacia e, portanto, não teria acompanhado o referido ato.

Tal questão, porém, foi bem rechaçada em primeiro grau, tendo o MM. Juiz enfatizado que "*o fato de a escrivã de polícia ter 'assinado pelo Delegado' – com sua própria assinatura, diga-se de passagem – as peças de fls. 13/14 do Apenso 01, não invalida a lide penal posteriormente instaurada. Além disso, a autoridade policial assinou devidamente o Auto de Prisão em Flagrante (fls. 03 – Ap. 01) e as Notas de Culpa (fls. 18/19) – Ap. 01), únicas peças imprescindíveis*

Acesso ao Sumário

do Inquérito Policial, destinadas a revestir a prisão em flagrante em legalidade.

(...)

Oportuno frisar que restou demonstrado que o Delegado de Polícia estava presente e efetivamente presidiu o flagrante" (fls. 233-234).

4. Aliás, segundo entendimento já consolidado no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"Os vícios formais do inquérito policial, eventualmente existentes, não afetam o processo da ação penal" (RSTJ 92/375 - rel. Min. Anselmo Santiago).*

5. Quanto ao mérito, os apelos não procedem.

6. Narra a denúncia que, em 16 de maio de 2013, por volta das 16h45, na avenida Nádia Mincoviski, em Tapiraí (comarca de Piedade), os réus foram surpreendidos transportando, para fins de tráfico, trinta e quatro porções de *cocaína*, além de quarenta e duas porções de *crack.*

7. A materialidade veio atestada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 12 e pelos laudos de fls. 43 e 66-69.

8. Quanto à autoria, tampouco restam dúvidas.

Na fase inquisitiva, **Luiz Carlos** negou a prática do crime, afirmando que a droga apreendida pertenceria exclusivamente ao corréu **Rodrigo** (fls. 6). Este, por sua vez, admitiu o tráfico, afirmando que **Luiz Carlos** lhe ofereceu cem reais para que o auxiliasse na distribuição dos entorpecentes, tendo aceitado a oferta, pois estava precisando de dinheiro (fls. 7).

Em Juízo, os acusados estrearam nova versão, dizendo que foram juntos até Tapiraí para adquirir *cocaína*, que seria destinada ao próprio consumo, pois são viciados. Após comprarem o entorpecente, foram interceptados e presos por policiais militares (mídia de fls. 196).

Tal escusa ofertada sob o crivo do contraditório, porém, não pode ser prestigiada.

De forma clara e uníssona, os milicianos Fernando Alves Ferreira e Samuel Fischer Pereira Dias narraram que, durante patrulhamento rotineiro, decidiram interceptar o veículo ocupado pelos réus (Fiat/Strada de cor branca), mas o condutor **Luiz Carlos** não obedeceu ao comando. Então, passaram a acompanhar o automóvel por "*aproximadamente trezentos ou quatrocentos metros*" (fls. 144), até que este parou em determinado local, ocasião em que **Rodrigo**, que ocupava o banco do passageiro, desceu e lançou um saco plástico em direção a um matagal. O referido objeto foi encontrado, constatando-se que no seu interior havia drogas (*crack e cocaína*), já separadas para a venda. Depois, sob o banco do motorista, apreenderam-se mais entorpecentes, idênticos aos primeiros. Finalmente, **Rodrigo** admitiu a narcotraficância, afirmando que

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

receberia dinheiro para auxiliar **Luiz Carlos** na distribuição das drogas.

Os policiais militares também informaram que "*antes dos fatos receberam denúncias de que pessoas em veículos Fiat Strada de cores prata e branca estavam distribuindo drogas em Tapiraí*" (fls. 3, 5, 143 e 144).

9. Ressalte-se que não há qualquer indício de que tais declarações tenham sido prestadas com o interesse de prejudicar o acusado, motivo pelo qual devem ser normalmente consideradas. Aliás, segundo entendimento predominante neste E. Tribunal, "*o fato de a testemunha ser policial não significa, só por si, que sua palavra não deva ser acreditada. Ele presta depoimento sob compromisso, é por profissão auxiliar do Juízo criminal e, em princípio, aparece desvestido de qualquer propósito de falsear a verdade e prejudicar quem quer que seja*" (Apelação nº 146.100-3, rel. Des. Djalma Lofrano, j. 16.6.1994).

E o próprio C. Supremo Tribunal Federal proclamou que "*o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos*" (*Habeas Corpus* nº 73518, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 26/3/1996, DJ 18-10-1996).

10. Enfim, diante de tais elementos de prova, valendo enfatizar as versões contraditórias ofertadas pelos réus, a expressiva quantidade de drogas arrecadadas e a existência de delação anônimas envolvendo veículo com as mesmas características (marca, modelo e cor) daquele utilizado pelos recorrentes no dia da prisão, a condenação destes por tráfico de drogas era mesmo de rigor, não havendo falar em absolvição, nem em desclassificação para a figura prevista no artigo 28 da lei especial, mesmo porque, como é sabido, o tráfico e o uso de drogas não são incompatíveis, sendo que muitas vezes vivem associados (nesse sentido: RT 411/104).

11. Finalmente, as penas devem ser mantidas.

A despeito das circunstâncias da prisão, especialmente as delações anônimas referidas e o expressivo montante de entorpecentes confiscados (setenta e seis porções), os réus mesmo assim foram beneficiados com o redutor previsto no § 4º, não sendo viável a redução máxima das sanções, conforme postulado.

12. Tendo em vista as reprimendas fixadas (e que ora se conserva), superior a quatro anos, não há cogitar de substituição por restritivas de direitos, conforme estabelece o artigo 44, inciso I, do Código Penal.

13. Diante do exposto, pelo meu voto **rejeita-se a preliminar** e **nega-se** provimento aos recursos, mantendo-se integralmente a r. sentença de primeiro

Acesso ao Sumário

grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027924-70.2011.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante PAULO SAMUEL DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso interposto por Paulo Samuel da Silva para anular o julgamento, determinando-se sua submissão a um novo perante o E. Tribunal do Júri. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.752)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), PAIVA COUTINHO e GUILHERME G.STRENGER.

São Paulo, 1 de abril de 2015.

SALLES ABREU, Relator

Ementa:

"Apelação – Homicídio qualificado tentado – Recurso da defesa – Julgamento manifestamente contrário à prova dos autos – Procedência – Palavra da vítima contraditória – Versão apresentada em juízo conflitante com a da delegacia de polícia – Ofendido não ouvido em plenário – Depoimentos das testemunhas de acusação imprecisos – Responsabilidade pelas agressões assumida integralmente pelo corréu – Dúvida acerca da dinâmica dos fatos – Provas colhidas na fase policial não convalidadas em juízo – Condenação pautada exclusivamente nos elementos do inquérito policial – Anulação que se impõe.

Necessária a submissão do réu a novo julgamento perante o E. Tribunal do Júri – Recurso provido para esse fim."

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Paulo Samuel da Silva** contra a r. sentença de fls. 623/624 que, após sua submissão a julgamento perante o Tribunal do Júri, julgou procedente a ação penal para condená-lo ao

cumprimento da pena de **09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, no regime inicial fechado, por infração ao art. 121, § 2º, inc. IV, c.c. art. 14, inc. II e art. 29, § 1º, todos do Código Penal. Inconformado, busca sua submissão a novo Júri, aduzindo que o julgamento foi manifestamente contrário à prova dos autos. Subsidiariamente, requer o afastamento da qualificadora. Por fim, pleiteia a redução de sua pena (fls. 671/677).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público que pugna pela manutenção da r. sentença (fls. 679/685).

Por fim, parecer da Procuradoria de Justiça que opina pelo provimento do apelo (fls. 693/695).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

O recurso interposto comporta provimento.

Consta da denúncia que no dia 15 de novembro de 2009, em horário incerto, numa estrada rural, na cidade de Mineiros do Tietê, Paulo Samuel da Silva, agindo em concurso e previamente ajustado com Fábio Alessandro Ramires e Natalino Pereira de Oliveira, com evidente "*animus necandi*" e utilizando-se de recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiram inúmeros golpes de facão em Daniel Donizete da Silva, provocando-lhe os ferimentos que somente não foram a causa de sua morte por circunstâncias alheias às suas vontades.

Conforme o que ficou apurado, o recorrente e seus comparsas convidaram o ofendido para comprar drogas e rumaram para Mineiros do Tietê no automóvel Fiat/Pálio, placa DDJ-9108, conduzido por Fábio.

Ao chegarem na cidade, adentraram em uma estrada rural, onde Fábio, alegando falsamente que um dos pneus havia furado, parou o veículo, oportunidade em que todos desceram par averiguar.

Em dado momento, de surpresa e pelas costas, aproveitando-se que a vítima estava abaixada, Fábio desferiu, violentamente, um golpe de facão em seu pescoço.

Em seguida, o apelante e o Natalino imobilizaram o ofendido, permitindo que Fábio continuasse com os ataques.

Assim, com a vítima impossibilitada de esboçar qualquer reação, Fábio continuou a desferir golpes de facão em regiões vitais de seu corpo, somente cessando os ataques após Daniel, muito ferido, fingir-se de morto.

Acreditando que ele teria falecido, as agentes arrastaram-no até a margem da pista e ali o deixaram, evadindo-se do local.

No dia seguinte, o ofendido foi localizado e socorrido por uma pessoa que por ali passava.

A materialidade do delito ficou demonstrada pelas circunstâncias descritas

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

na portaria (fls. 07), no boletim de ocorrência (fls. 08/09), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 15), pelo auto de entrega (fls. 16), bem como pelo laudo de exame de corpo de delito (fls. 35).

Todavia, diante das provas orais colhidas durante a instrução processual e em plenário, pairam dúvidas acerca de como os fatos realmente ocorreram, bem como da participação do acusado no delito em comento. Vejamos:

Interrogado em juízo, o acusado **Paulo Samuel da Silva** relatou que, após consumir entorpecentes, o ofendido partiu para cima de Fábio com um facão. Este para se defender entrou em luta corporal com a vítima e conseguiu desarma-la. Em seguida, passou a desferir golpes contra ela. Apesar de estar no local não interferiu na briga (fls. 257-mídia). Em plenário, confirmou que estava junto no momento em que Fábio agrediu o ofendido, porém não teve nenhuma participação no crime. Pediu para que Daniel e Fábio parassem com a briga, mas não os separou. Como estavam com um facão, ficou com medo e saiu correndo (fls. 625-mídia).

O corréu **Natalino Pereira de Oliveira** alegou que estava no local dos fatos, mas no momento do ocorrido não viu nada. Disse que na hora ficou com medo da confusão e se afastou (fls. 256- mídia).

O outro corréu **Fábio Alessandro Ramires** narrou que a vítima estava drogada e tentou agredi-lo com um facão. Para se defender, tomou-lhe o artefato. Declarou que ficou muito nervoso por ter sido atingido e se excedeu desferindo vários golpes contra Daniel. Negou a participação dos demais réus no crime, aduzindo que eles ficaram assustados e saíram correndo (fls. 256-625-mídia).

O ofendido **Daniel Donizete da Silva** afirmou que fez uso de crack e, por conta disso, achou que os acusados fossem mata-lo. Assim, passou a discutir com Fábio e começaram a brigar. Fábio tentou agredi-lo com um facão, porém conseguiu pegar o objeto. Em seguida, Fábio novamente tomou-lhe o facão e começou a golpeá-lo. Nenhum dos outros réus interviram na briga, nem participaram dos fatos. Aduziu, ainda, que mentiu na Delegacia de Polícia para que os réus permanecessem presos (fls. 259-mídia).

Acesso ao Sumário

Jaqueline Fernanda de Oliveira nada soube informar a respeito do ocorrido. Não se recordou de suas declarações perante a autoridade policial. Disse, ainda, que quando ouvida naquela oportunidade estava muito nervosa, fator que pode ter influenciado o seu depoimento (fls. 256-mídia).

Luiz Francisco Teixeira Napolitano afirmou que encontrou o ofendido ferido e acionou a polícia militar. Não conversou com a vítima, mas ouviu quando ela disse que o crime foi motivado por uma dívida de droga e o autor seria um tal de "Chupeta" - apelido do réu Fábio - (fls. 257-625-mídia).

O policial militar **Marco Antônio de Freitas** foi acionado para atender a ocorrência e, quando chegou ao local, o ofendido estava praticamente sem

vida. Todavia, conseguiu declinar o nome de Fábio (Chupeta) como um dos autores do crime. Mencionou, também, o envolvimento do corréu Natalino (fls. 257-mídia). Em plenário, declarou que a vítima lhe contou que foi segurada por outros dois indivíduos, enquanto Fábio lhe golpeava com um facão (fls. 625-mídia).

Luiz Fernando Ventura nada acrescentou no sentido de elucidar os acontecimentos (fls. 256-mídia).

A testemunha **Flávia Aparecida Majesti** apenas teceu considerações favoráveis sobre a vida pregressa dos réus (fls. 256- mídia).

Destarte, diante das provas colhidas, indiscutível que o corréu Fábio foi o responsável pelos diversos golpes de facão que quase ceifaram a vida de Daniel.

É certo, também, que o acusado Paulo e o outro corréu Natalino estavam presentes na ocasião dos fatos.

Entretanto, não há como se afirmar, com a segurança necessária, se eles teriam auxiliado Fábio diretamente na prática do delito, se teriam se omitido, ou até mesmo se, diante da gravidade da situação, afastaram-se do local.

Primeiramente, cumpre dizer que, em juízo, apesar de confirmar as agressões perpetradas por Fábio, o ofendido apresentou versão diversa da ofertada na Delegacia de Polícia, aduzindo que naquela oportunidade mentiu para poder prejudicar os réus. Saliente-se ainda, que ele não confirmou o fato de que Paulo teria lhe segurado enquanto Fábio o atacava como facão.

No mais, sequer compareceu em plenário para ser ouvido.

Desse modo, os relatos das testemunhas de acusação, todos baseados naquilo que ouviram do réu na fase inquisitiva, caem por terra.

Frise-se, ainda, que nem a pessoa que encontrou a vítima ferida, nem o policial militar que atendeu a ocorrência, souberam dizer, com clareza, se Paulo teria efetivamente ajudado o corréu Fábio no momento da ação criminosa. Ao contrário, referidas testemunhas apenas confirmaram que o ofendido lhes disse que havia outros dois indivíduos auxiliando Fábio.

Em favor do acusado, tem-se ainda as declarações o corréu Fábio, assumindo inteira responsabilidade sobre as agressões praticadas contra a vítima e negando o envolvimento dos demais no crime em comento.

Assim, as provas colhidas durante o inquérito policial mostram-se insubsistentes, pois não foram convalidadas por nenhum outro elemento produzido em juízo.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXVIII, assegura a soberania dos vereditos proferidos pelo Tribunal do Júri.

Tampouco se discute a competência do Conselho de Sentença para a análise do "*meritum causae*" e valoração das provas produzidas nos processos

Acesso ao Sumário

cujos julgamentos lhe são afetos.

Todavia, uma condenação não pode pautar-se exclusivamente nas provas produzidas na fase extrajudicial como ocorreu nos autos.

Ressalte-se que o inquérito policial é procedimento administrativo, de caráter investigatório e unilateral e, embora sirva para formar a "*opinio delicti*" e alicerçar a instauração da ação penal, não se presta como base ou fundamento exclusivo a um édito condenatório, mormente quando não encontrar respaldo em nenhum outro elemento probante colhido em juízo.

Com efeito, de rigor a anulação do julgamento para que outro seja realizado.

Isto posto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso interposto por P**aulo Samuel da Silva** para anular o julgamento, determinando-se sua submissão a um novo perante o E. Tribunal do Júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001248-63.2012.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante R.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, no que se refere aos delitos de roubo qualificados pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo, reconhecida a incompetência absoluta, anularam o processo a partir do recebimento da denúncia, desapensados os autos do Inquérito Policial Militar e da Medida Cautelar, remetidos à Justiça Militar Estadual, assim como, cópia dos presentes autos e, quanto ao delito de quadrilha ou bando, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, absolveram o apelante. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de R.M. Obs: PRESENTE O DR. R.S. POR OCASIÃO DO JULGAMENTO.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto 25.981)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 25 de março de 2015.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa. Apelação. Delito de roubo e de quadrilha ou bando praticados por Militar no exercício da função. Tipo penal que descreve o crime de roubo,

qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo, encontra similar no Código Penal Militar (art. 242, § 2º, I e II, CPM). Competente a Justiça Militar conhecer e julgar a imputação que atribui a prática de roubo qualificado, a policial militar em serviço (art. 124, CF). Provido o recurso para, no que se refere aos delitos de roubos, reconhecida a incompetência absoluta, anular o processo a partir do recebimento da denúncia e, quanto ao delito de quadrilha ou bando, absolver, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

VOTO

R.M., por infração ao artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, reconhecido o concurso formal de crimes, foi condenado à pena de oito anos e sete dias de reclusão, em regime *fechado*, e *dezoito dias-multa*, no valor mínimo unitário; por infração ao artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, à pena de dois anos e seis meses de reclusão. Opostos e acolhidos os embargos de declaração, determinada a perda do cargo de policial militar, nos termos do artigo 92, I, *b*, do Código Penal (fls. 209/213v, 220).

Negado o apelo em liberdade, foi expedida guia de execução provisória (fls. 252).

O correú C.F.S., com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, foi absolvido do delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II e V, e artigo 288, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Postula o ilustre defensor, prequestionando a violação do artigo 29, § 1º, do Código Penal e artigo 386, V e VII, do Código de Processo Penal, por precariedade da prova, a absolvição; subsidiariamente, a desclassificação do delito de roubo para furto, reconhecida participação de menor importância, fixada a pena no mínimo legal e estabelecido regime inicial menos gravoso (fls. 226/250).

Determinado o apensamento dos autos do Inquérito Policial Militar nº 67.688/2013 e da Medida Cautelar nº 3573/2012.

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 257/260), a d. Procuradoria Geral de Justiça, acolhida a preliminar, no mérito, manifesta-se pelo improvimento do recurso (fls. 276/284, 290/299).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 29 de novembro de 2012, por volta de 1h57min, em via pública da cidade de Morungaba, em Itatiba-SP, juntamente com C.F.S. e cinco pessoas não identificadas, o apelante *R.M.* teria auxiliado na

Acesso ao Sumário

preparação e execução da subtração da quantia aproximada de R$ 80.000,00 de caixa eletrônico do Banco Bradesco e quantia aproximada de R$ 70.000,00 de agência do Banco do Brasil, passando informações privilegiadas para evitar a atuação de policiais. Consta, ainda, que, em data anterior, em concurso com C.F.S. e cinco pessoas não identificadas, o apelante teria se associado, em quadrilha ou bando armado, para o fim de cometer crimes.

Segundo consta, várias pessoas abordaram um casal e, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, subjugaram um casal que chegava à residência vizinha a um banco, enquanto outros explodiam caixas eletrônicos das agências bancárias do Bradesco e do Banco do Brasil, fugindo em dois carros com o numerário subtraído. Os dois policiais militares, um deles, o apelante, em serviço, na noite dos fatos, teriam facilitado a atuação dos demais, propiciando a fuga. O apelante R., fazendo uso de linha telefônica, objeto de interceptação autorizada por ordem judicial, que pertencia a um dos investigados por crimes semelhantes, teria mantido vários contatos com um dos agentes, informando dados para a preparação e execução dos roubos, evitando a atuação da Policia.

Segundo o comando do artigo 124, da Constituição Federal, a Justiça Militar *é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei.*

De outra parte, o artigo 9º, do Código Penal Militar, enumera as hipóteses de crime militar:

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

c - por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.

O tipo penal, que descreve o crime de roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo, encontra similar no Código Penal Militar.

Previsto no artigo 242, § 2º, I e II, do Código Penal Militar, dispõe: *subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante emprego ou ameaça de emprego de violência contra pessoas, ou depois de havê-la, por qualquer modo, reduzido a impossibilidade de resistência:*

Pena-reclusão, de quatro a quinze anos (...)

§ 2º A pena aumenta de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há concurso de duas ou mais pessoas.

Por conseguinte, compete à Justiça Militar conhecer e julgar a imputação que atribui a prática de roubo qualificado, a policial militar *em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda*

Acesso ao Sumário

que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.

Ora, no caso presente, imputa-se ao apelante, além da prática do delito de associação em quadrilha armada, quando em serviço, na noite dos fatos, ter participado de dois roubos, auxiliando na preparação e execução dos crimes.

Assim, no que diz respeito à imputação referente a participação nos delitos de roubo, anula-se o processo a partir do recebimento da denúncia.

Trata-se de competência constitucional da Justiça Militar (art. 124, CF), determinando o artigo 5º, LIII, da Constituição Federal que ninguém será *processado* nem *sentenciado* senão pela autoridade competente. Trata-se de garantia do juiz natural que, ao ser afastado, faz com que os atos devam ser tidos como juridicamente inexistentes.

Assim sendo, anula-se o processo à partir do recebimento da denúncia, remetendo-se cópia dos autos à Justiça Militar Estadual.

No que se refere ao crime de quadrilha ou bando armado, verte da prova produzida, nos presentes autos, que o eventual envolvimento do apelante, nos fatos que lhe são imputados, foi desvendado a partir dos dados captados, na interceptação telefônica, autorizada por ordem judicial em processo, que apurava a participação de E.F.P., em quadrilha organizada para cometer roubos.

Entretanto, a prova reunida, nos presentes autos, não dá a necessária certeza de que o apelante tenha se associado com as demais pessoas, não identificadas, de forma estável e permanente para a prática de crimes.

Assim, muito embora as circunstâncias dos fatos e o armamento utilizado na prática do delito possam evidenciar a necessidade de prévio planejamento, não são suficientes para a caracterização do crime de associação. Nem mesmo a conversa captada na interceptação telefônica pode incriminar o apelante, quanto a certeza de participação em quadrilha.

Deve ser levado em conta o interrogatório prestado em juízo, oportunidade em que o apelante alegou desconhecer a pessoa com a qual mantinha contato. Ademais, não se cuidou de identificar as demais pessoas que participaram dos delitos de roubo a caixas eletrônicos.

Assim, ainda que possa haver indícios de que o apelante integrava quadrilha organizada para a prática de crimes, não se transmudaram em prova segura, na instrução do processo, colhida em contraditório, como necessário para a condenação.

O crime de quadrilha ou bando exige prova da associação estável e permanente para a prática de uma série indeterminada de crimes.

A divisão de tarefas, em si mesma considerada, ou mesmo o planejamento da ação criminosa determinada, não caracteriza o delito de quadrilha ou bando.

Acesso ao Sumário

Daí a advertência de Heleno Fragoso: "*é necessário que a associação se traduza por atos e organização do bando, motivo pelo qual na prática não é fácil demonstrar a existência da quadrilha antes de seu efetivo funcionamento*" (*Lições de Direito Penal* (fls. 3/216) - *apud* Silva Franco - Franco, Alberto Silva; Stoco, Rui et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Volume 1 - Parte Geral - 6. ed. rev. e ampl. SP: Revista dos Tribunais, 1997, p. 3.522.

É preciso ficar comprovado, além da reunião de mais de três pessoas, um *vínculo associativo* permanente para fins criminosos. O delito de quadrilha, previsto no artigo 288, do Código Penal, é crime independente daqueles a serem praticados pelos agentes reunidos na sociedade criminosa. O delito de quadrilha subsiste de modo autônomo ainda que os delitos visados pelo bando sequer venham a ser cometidos.

Melhor solução se apresenta, em face da precariedade da prova, a absolvição do apelante.

Diante do exposto, por votação unânime, no que se refere aos delitos de roubo qualificados pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo, reconhecida a incompetência absoluta, anularam o processo a partir do recebimento da denúncia, desapensados os autos do Inquérito Policial Militar e da Medida Cautelar, remetidos à Justiça Militar Estadual, assim como, cópia dos presentes autos e, quanto ao delito de quadrilha ou bando, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, absolveram o apelante. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de *R.M.*

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010790-80.2013.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante ADRIANO GOMES DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.075)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 10 de março de 2015.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: TRÁFICO e FAVORECIMENTO REAL. Conduta de trazer consigo, por ocasião de rápida saída do estabelecimento prisional onde cumpria pena no regime semiaberto, 423 gramas de maconha para fornecimento a consumo de terceiros. Tentativa de ingresso, também, com dois aparelhos de telefonia celular ocultados, junto com a droga, em lata de areia que havia ido buscar fora do perímetro de segurança do presídio. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Silêncio na fase inquisitorial. Negativa em juízo. Alegado desconhecimento da existência da droga e dos telefones. Versão inverossímil. Depoimento dos agentes penitenciários. Validade. Natureza, quantidade da droga e circunstâncias da prisão. Intuito de fornecimento a terceiros evidenciado. Condenação mantida. PENA. Manutenção. Reincidência caracterizada, não obstante a interposição de recurso do MP contra sentença condenatória por crime de roubo. Trânsito em julgado para o réu, que não recorreu. A possibilidade de alteração da sentença em favor do acusado, mediante concessão de ordem de *habeas corpus ex officio*, não impede o reconhecimento da coisa julgada. Apelo desprovido.

VOTO

1. ADRIANO GOMES DE OLIVEIRA (RG nº (...)) foi condenado, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, fixado o regime inicial fechado, mais 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, bem como a 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, no regime intermediário, por infração ao artigo 349-A do Código Penal, porque, no dia 23 de outubro de 2013, por volta das 17h30, na Penitenciária Mário de Moura Albuquerque, comarca de Franco da Rocha, trazia consigo, na condição de detento, para entrega a consumo de terceiros, 423,7 gramas de maconha, acondicionados em duas porções encontradas, junto com dois aparelhos de telefonia celular, três carregadores, dois chips e dois fones de ouvido, no interior de uma lata cheia de areia que foi buscar fora do perímetro de segurança do estabelecimento prisional.

Inconformado com a r. sentença de fls. 108/116, recorreu, por termo (fls. 122) , pugnando pela reforma do julgado. Em razões apresentadas por Defensora dativa, insiste na absolvição porque não sabia da existência da droga

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

e dos aparelhos no interior da lata de areia, que foi buscar, do lado externo do presídio, a mando de terceiro. Alega não haver prova de que a droga e os celulares lhe pertenciam. Aduz, ainda, que praticou as condutas sob coação moral e irresistível. Subsidiariamente, pleiteia a redução das penas ao mínimo legal, desconsiderando-se a reincidência por não ser específica (fls. 128/130).

O recurso foi contrariado (fls. 132/135), manifestando-se a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Antônio Carlos Gasparini, pelo provimento parcial, tão somente para afastar a agravante da reincidência (fls. 144/153).

É o relatório.

2. Sem embargo do parecer ministerial, o apelo não comporta provimento, devendo ser mantida a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

À vista da prova coligida ao longo da persecução criminal, a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes e favorecimento real, previsto no artigo 349-A do Código Penal, era mesmo de rigor.

Nesse sentido, a materialidade e autoria dos crimes são incontroversas, demonstradas que foram pelo auto de exibição de fls. 13/14, bem como pelos laudos de fls. 16, 78 e 138, provas que evidenciam a apreensão de 423 gramas de maconha e dos aparelhos e acessórios de telefonia celular, tudo ocultado no interior de uma lata com areia que ADRIANO, cumprindo pena por roubo, havia ido buscar do lado de fora do estabelecimento prisional.

A prova testemunhal produzida é firme e se contrapõe à confissão parcial do réu, que admitiu a apreensão da droga e dos celulares, mas negou que soubesse da existência deles na lata levada para as dependências do presídio e em cujo interior já havia areia. Disse, em juízo, que a lata já se encontrava cheia, pronta para ser carregada para dentro do estabelecimento prisional, o que foi feito pelo réu a pedido de um tal de "Vado", cuja identidade não foi esclarecida (fls. 101/v).

Acesso ao Sumário

Nesse ponto, a firmeza e harmonia dos depoimentos dos agentes penitenciários Fabio Alexandre e Geraldo (fls. 99/v e 100/v), no sentido de que ADRIANO pediu autorização para buscar, do lado externo, certa quantidade de areia, necessária para realizar os serviços de carpinagem e de manutenção do piso, acabando por ser flagrado ocultando o material apreendido no interior da lata, constitui evidência incontestável dos crimes imputados.

A versão defensiva, enfim, de que desconhecia o verdadeiro conteúdo da lata carregada para dentro do presídio ou de que agiu sob "coação moral e irresistível", soa inverossímil, pois desacompanhada de um mínimo de prova que pudesse lhe conferir alguma credibilidade.

Devido à natureza e à quantidade da droga apreendida, e principalmente

às circunstâncias da prisão, outra solução não cabia senão a condenação por tráfico.

Conforme bem anotou o ilustre Procurador de Justiça oficiante, "*as circunstâncias do fato permitem concluir que a droga se destinava mesmo ao tráfico, já que é considerada 'moeda de troca' no interior de presídios. A propósito, segundo o relato judicial do agente penitenciário Fabio, o apelante admitiu informalmente esta finalidade. Destaca-se, ainda, que o apelante, em momento algum, afirmou que a droga seria para consumo próprio*".

De outro lado, restou sobejamente comprovada a tentativa do réu em ingressar com os telefones celulares no interior do presídio, nada havendo nos autos que sugerisse a ocorrência de coação moral por parte de outro detento.

Enfim, à vista do conjunto probatório, estão perfeitamente caracterizados o tráfico de entorpecentes e o favorecimento real, resultado da conjugação da confissão parcial com as circunstâncias da conduta, em especial a quantidade de droga e o local da prisão em flagrante, aspecto que autoriza a incidência da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.

Suficiente, pois, a prova produzida para concluir-se, tal como na decisão recorrida, pela procedência da ação penal.

A reprimenda não merece qualquer reparo.

A pena-base do tráfico foi acrescida de 1/6 por conta da quantidade apreendida, que implica na maior reprovabilidade da conduta.

De igual modo, a reincidência foi bem reconhecida, pois a certidão de fls. 12/13 do apenso próprio noticia uma condenação por roubo, contra a qual foi interposto recurso de apelação tão somente pelo corréu e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, ingressando-se os autos nesta Corte em 12 de junho de 2013, mas ainda sem julgamento.

A simples possibilidade de alteração da sentença em favor de ADRIANO, mediante concessão de *habeas corpus* de ofício – única forma de melhorar sua situação, além do efeito extensivo previsto no artigo 580 do Código de Processo Penal –, não impede o reconhecimento da coisa julgada, pois, diante da inércia em recorrer, ocorreu a preclusão temporal. Para o réu, exclusivamente, a sentença condenatória do roubo transitou em julgado.

Referida certidão criminal serve, portanto, ao reconhecimento da reincidência, que impede a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da lei especial.

Os regimes fixados também não comportam modificação, porque adequados às penas e às circunstâncias do caso concreto.

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001756-73.2009.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes WILLIAN FRANKLIN DE FREITAS VARGAS, LUIZ FERNANDO MANTOVAN MACHADO, WELLINGTON DE ARAÚJO SILVA e FRANCISCO TIAGO AUGUSTO BOBÔ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a tese de crime continuado e rejeitada a matéria preliminar, deram parcial provimento aos recursos de Luiz Fernando, Wellington e Francisco para: a) reduzir as penas impostas pela prática do crime previsto no artigo 329, ***caput***, do Código Penal, para 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e reconhecer, de ofício, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, extinguindo-se a punibilidade dos apelantes; b) reduzir as penas aplicadas para ao crime descrito no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, para 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção; c) em relação aos corréus Wellington e Francisco redimensionar as penas aplicadas aos crimes descritos nos artigos 148, ***caput*** e 148, § 1º, inciso I, ambos do Código Penal, aplicando-se a regra descrita no artigo 70, ***caput***, do Código Penal, para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão; d) absolver Luiz Fernando Mantovan Machado, Wellington de Araújo Silva e Francisco Tiago Augusto Bobô da imputação prevista no artigo 16, ***caput***, da Lei Federal nº 10.826, de 2003, com amparo no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; e) reduzir as penas impostas para todos os apelantes, em relação ao crime descrito no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente sem voto), FERNANDO TORRES GARCIA e HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2015.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSO – Nulidade – Inépcia da denúncia, por ausência de descrição pormenorizada das condutas dos agentes – Não caracterização – Peça inicial que atendeu aos requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal – Preliminar rejeitada.

FUGA DE PESSOA PRESA – Absolvição –

Inadmissibilidade – Existência de prova segura da autoria e materialidade do delito – Condenação mantida.

RESISTÊNCIA – Absolvição – Inadmissibilidade – Existência de prova segura da autoria e materialidade do delito – Condenação mantida – Recurso parcialmente provido para reduzir as penas e, julgar extinta a punibilidade dos réus, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

DANO – Absolvição – Inadmissibilidade – Existência de prova segura da autoria e materialidade do crime – Condenação mantida – Recurso parcialmente provido para reduzir as penas.

ROUBO – Absolvição – Inadmissibilidade – Existência de prova segura da autoria e materialidade do delito – Condenação mantida.

SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – Absolvição – Inadmissibilidade – Existência de prova segura da autoria e materialidade do crime – Ausência do elemento subjetivo do crime – Inocorrência – Condenação mantida – Recurso parcialmente provido para reconhecer o concurso formal de delito e redimensionar as penas.

PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – Absolvição – Admissibilidade – Hipótese em que o porte de arma não constituiu crime autônomo, mas era meio para a prática de outros delitos, sendo levado em conta como causa de aumento de pena em relação a esses outros delitos (roubo, quadrilha ou bando e fuga de pessoa presa) – Princípio da consunção – Aplicação – Recurso parcialmente provido para absolver os réus.

QUADRILHA OU BANDO – Absolvição – Inadmissibilidade – Existência de prova segura da autoria e materialidade do delito – Acusados pertencentes a associação criminosa que se organizaram para resgatar preso internado em hospital – Conjunto probatório que demonstra que os réus estavam organizados de forma estável e permanente para a prática de crimes – Penas –

Acesso ao Sumário

Redução – Possibilidade – Recurso parcialmente provido para reduzir as penas.

VOTO

WILLIAN FRANKLIN DE FREITAS VARGAS foi condenado por infração ao artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado (fls. 1074/1104).

WELLINGTON DE ARAÚJO SILVA e **FRANCISCO TIAGO AUGUSTO BOBÔ** foram condenados por infração ao artigo 351, § 1º, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado; ao artigo 329, ***caput***, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime semiaberto; artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, e de 14 (catorze) dias-multa, piso mínimo; artigo 148, ***caput***, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime fechado; artigo 148, § 1º, inciso IV, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime fechado; artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos de detenção, em regime semiaberto; artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado; artigo 16, ***caput***, da Lei Federal nº 10.826, de 2003, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, piso mínimo (fls. 1074/1104).

LUIZ FERNANDO MANTOVAN MACHADO foi processado e absolvido das imputações descritas nos artigos 148, ***caput*** e 148, § 1º, ambos do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e condenado por infração ao artigo 351, § 1º, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado; ao artigo 329, ***caput***, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime semiaberto; artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, e 14 (catorze) dias-multa, piso mínimo; artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos de detenção, em regime semiaberto; artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado; artigo 16, ***caput***, da Lei Federal nº 10.826, de 2003, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, piso mínimo (fls. 1074/1104).

Inconformados, apelam, postulando absolvição por insuficiência probatória.

Alternativamente, Willian pugna pela redução da pena (fls. 1172/1174).

Wellington sustenta, ainda, que os crimes de cárceres privados não

Acesso ao Sumário

restaram configurados, por ausência do elemento subjetivo. Subsidiariamente, pede o reconhecimento do crime continuado (fls. 1175/1178).

Francisco alega, em relação aos crimes de cárceres privados, que foi coagido a participar e que estes não teriam se configurado diante do fato de as vítimas terem autorizado sua entrada na residência. Além disso, para caracterização do crime de associação criminosa necessária a prova da estabilidade e permanência do grupo, o que no caso não ocorreu. Alternativamente, busca a redução das penas. Por ocasião do julgamento, em sustentação oral, a douta Defesa pleiteou o reconhecimento do crime continuado (fls. 1181/1195).

Luiz Fernando argui, em preliminar, inépcia da denúncia, que não individualizou sua conduta. Aduz que a imputação genérica impossibilitou a defesa técnica. Subsidiariamente, alega que a r. sentença ignorou o princípio da consunção, pois o condenou pelos crimes de fuga de preso, roubo e associação criminosa, todos qualificados pelo concurso de agente e o emprego de arma de fogo, incorrendo, desta forma, em ***bis in idem*** (fls. 1213/1226).

Recursos tempestivos, bem processados, contrariados (fls. 1198/1203 e 1228/1231), com parecer da D. Procuradoria de Justiça pela rejeição da matéria preliminar, arguida pela defesa do corréu Luiz Fernando, e, no mérito, é pelo desprovimento dos apelos (fls. 1233/1244).

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

A ***priori***, examina-se a matéria preliminar.

No tocante à alegada inépcia da denúncia, não há como dar guarida ao recurso do corréu Luiz Fernando.

Inexiste qualquer vício a macular a denúncia, aditada às fls. 814/818. Esta narra fatos bem especificados e revestidos de tipicidade, imputados ao apelante e seus comparsas, o que possibilitou a todos os denunciados o exercício da ampla defesa.

Trata-se, pois, de peça válida, que narra de forma absolutamente aceitável e inteligível a ação dos acusados com relação aos fatos criminosos, o que atende ao disposto no artigo 41, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, diz a Jurisprudência:

"Não há de se falar em inépcia da denúncia, desde que esta contém ***quantum satis*** *os necessários esclarecimentos de forma a possibilitar ao acusado conhecimento pleno do fato delituoso que lhe é imputado, permitindo-lhe defender-se amplamente e ao julgador propicia elementos para um juízo de valor"*. (RHC nº 907.405-3 – RJ – Ministro Flaquer Scartezzini).

Ademais, como bem apontado pelo d. Procurador de Justiça oficiante, "*não se desincumbiu a defesa de demonstrar prejuízo originado de eventual*

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

vício da denúncia, que pudesse ensejar a anulação do julgamento".

Assim, deve ser rejeitada a preliminar.

A tese do crime continuado levantada pela defesa do corréu Francisco, na sustentação oral, será conhecida por ocasião do cálculo das penas.

Passa-se à análise do mérito.

Luiz Fernando, Wellington e Francisco, agindo em conluio, com outros indivíduos não identificados, invadiram o Hospital Municipal Dr. Alexandre Zaio (Pronto Socorro Nhocuné), com a finalidade de resgatar William. A partir daí, com o objetivo de assegurarem o sucesso no resgate do preso, cometeram outros delitos, como resistência, dano, roubo, cárcere privado, porte de arma e quadrilha ou bando (denominação anterior à modificação feita pela Lei Federal nº 12.850, de 2013).

FUGA DE PESSOA PRESA

Segundo restou apurado, na madrugada do dia 3 de abril de 2009, policias militares deram sinal de parada ao condutor de um automóvel, modelo ***Gol***. O motorista desobedeceu a ordem e tentou fugir, sendo que durante a perseguição o passageiro que se identificou como Dênis Félix dos Santos efetuou disparos de arma de fogo contra a viatura policial. Os policiais revidaram e, posteriormente, quando o veículo parou, verificaram que Dênis havia sido ferido e o levaram até o Pronto Socorro Municipal de Nhocuné. No interior do carro foram apreendidas duas armas de fogo (uma metralhadora e uma pistola), além de uma porção de entorpecente – maconha (fls. 40/42).

Horas depois, Dênis, que posteriormente verificaram tratar-se de Willian Franklin Freitas Vargas, vulgo "Fantasma", um dos integrantes da cúpula do P.C.C. , foi resgatado por grupo de cerca de quinze homens que invadiu o Pronto Socorro Nhocuné, onde ele se recuperava de uma cirurgia.

Testemunhas narraram que pelo menos três homens, armados de fuzil, e trajando roupas escuras, identificadas como sendo da Polícia Civil, utilizando coletes à prova de balas, ingressaram na sala de recuperação, e de lá, resgataram Willian.

Acesso ao Sumário

O corréu Willian era escoltado apenas pelo carcereiro Ed Wilson Paula Araújo, até porque, na ocasião, sua verdadeira identidade era ignorada.

Disse o carcereiro que presenciou três homens ingressarem no hospital, sendo que eles subtraíram sua arma, distintivo e carregador, bem como a pistola e algemas do policial militar que se encontrava no local e, então, fugiram, levando o preso Willian, alertando-os para que não reagissem, pois havia mais de trinta pessoas do lado de fora do nosocômio. Ed Wilson não reconheceu os apelantes (fls. 23/24, 148, 594/596 e 987/994).

O policial militar Reinaldo Antônio de Oliveira estava no interior do

hospital, acompanhando vítima de acidente de trânsito, quando foi abordado por um dos homens, que lhe subtraiu a arma, algemas, carregador. Viu, ainda, outros dois homens armados, os quais fugiram com o preso que estava internado. Reconheceu Francisco Tiago, na Polícia (fls. 14), e também, em Juízo (fls. 562), como um dos responsáveis pelo resgate (fls. 14, 146/147, 549/552).

Ângelo Roberto Rosário era porteiro do hospital, na ocasião, e foi abordado por seis ou oito homens, todos vestidos de preto e armados. Eles pediam para que indicasse o local onde estava o paciente de nome Félix, como não sabia, foi levado para outra portaria. No trajeto subtraíram armas de um policial militar e do carcereiro que fazia a escolta do preso que aparentou conhecer esses homens, pois se levantou e saiu andando. Um outro funcionário viu a fuga dos agentes, sendo que entre outros carros utilizavam um veículo, modelo ***Honda Civic***, preto (fls. 149 e 597/599).

Foram ouvidas, ainda, na Polícia, as funcionárias do hospital, Viviane Alves de Souza e Nilda Gomes Pereira que cuidavam do corréu William. Nilda informou que o preso estava apreensivo e, a todo tempo, perguntava as horas e pedia uma roupa para vestir. Ele lhe contou também que foi visitado por um membro da Igreja que lhe falou que teria um grande resgate em sua vida (fls. 150/151 e 152/153).

Após o resgate, William que se recuperava de uma cirurgia, foi levado por seus companheiros até um hospital de Mogi das Cruzes, onde foi recapturado (fls. 195/198).

É certo que os réus negaram participação no resgate do preso (fls. 25, 26, 160, 600/608, 609/618, 625/630, 997/998, 999/1000 e 1001/1002).

William, por sua vez, disse que desconhecia as pessoas que o retiraram do hospital (fls. 619/624 e 1003/1004).

Mas, não há dúvidas que os apelantes Wellington, Luiz Fernando e Francisco integravam o grupo responsável pelo resgate de William. Nem se diga que suas participações não restaram provadas, porque não foram reconhecidos pelas testemunhas. Tal fato justifica-se pela quantidade de pessoas envolvidas no resgate, sendo que as tarefas foram divididas entre o grupo. Uns agiram diretamente no resgate do preso, outros ficaram do lado de fora, para dar cobertura à ação criminosa.

As provas colhidas sob o crivo do contraditório não deixam dúvidas da participação dos réus, no crime em apreço. Eles foram vistos no interior de um veículo ***Civic***, cor preta, e dentro deste foram apreendidos armamentos e coletes a prova de balas, os mesmos utilizados pelo grupo que invadiu o hospital (fls. 46/48).

Assim, deve ser mantida a condenação pelo crime de resgate de pessoa presa.

Acesso ao Sumário

As penas para esse crime foram corretamente dosadas pelo ínclito magistrado sentenciante. Os réus agiram com dolo intenso, pois invadiram hospital público, fortemente armados, e de lá resgataram preso que faz parte da cúpula de organização criminosa. A base foi aplicada no dobro do mínimo legal, com acréscimo de 1/6, pois os réus são reincidentes (fls. 447 – Welligton; fls. 300 – Francisco Tiago; fls. 297 – Luiz Fernando).

RESISTÊNCIA

Disse o policial militar Guelber William Ferreira Fonseca que fazia patrulhamento de rotina, em companhia do Soldado Renato, em sua motocicleta, quando ouviu no rádio a notícia do resgate de preso, realizado por aproximadamente trinta indivíduos armados, que fugiram em diversos veículos, entre eles um ***Civic*** de cor preta. Avistou referido veículo, parado em um semáforo, e passou a acompanhá-lo à distância, sendo que, ao chegar na Avenida Águia de Haia, dois indivíduos que estavam dentro do carro quebraram o vidro e passaram a atirar, sendo que alguns disparos atingiram a motocicleta dele e também a de seu companheiro de farda. Perdeu o veículo de vista, em razão das avarias sofridas na moto e pelo fato de ter sofrido ferimento em seu pescoço, causado por estilhaços (fls. 15/16, 517/524 e 968/976).

É certo que Guelber afirmou que não teve oportunidade de visualizar os ocupantes do veículo ***Civic***. Sobre o reconhecimento feito em Juízo esclareceu que reconheceu Francisco, com absoluta certeza, e Wellington, com alguma dúvida, como os indivíduos que lhe foram apresentados no distrito policial.

O policial José Geraldo de Melo Júnior estava no interior do 32º Distrito Policial, localizado ao lado da 1ª Companhia, quando ouviu disparos de arma de fogo efetuados em direção à base da Polícia Militar. Avistou o veículo ***Civic***, e, juntamente com seu companheiro de farda, soldado Leão, saiu em perseguição ao referido automóvel. Os ocupantes do carro atiraram contra a sua viatura e também jogaram uma granada. Avistou quando três homens deixaram o veículo ***Civic***, pois danificado por disparos efetuados pelos policiais, e subtraíram um veículo, modelo Fiesta, que logo foi abandonado. Viu, ainda, os três homens fugindo a pé. Reconheceu os acusados Wellington, Francisco e Luiz Fernando, como os agentes que estavam no interior do veículo e efetuaram disparos em direção à viatura, que restou danificada. Em Juízo, José Geraldo reconheceu Wellington e Luiz Fernando (fls. 17, 525/529 e 562).

Acesso ao Sumário

Flábio Rômulo da Silva estava na base da polícia militar e tinha ciência do resgate do preso, quando minutos depois, passou pela guarnição o veículo ***Civic***, sendo que seus ocupantes atiraram em direção à viatura. Junto com seu companheiro Jair saiu em perseguição ao automóvel. Viu um indivíduo com camisa branca, fuzil nas mãos, outro de camiseta vermelha e o terceiro, mais forte que os demais, saírem do veículo e abordar a motorista de um veículo,

modelo ***Fiesta***. A moça foi tirada do interior do veículo que foi levado pelos ladravazes. Contou, ainda, que revidou os disparos efetuados pelo trio, sendo que um deles atingiu o acusado que estava com camiseta branca que ferido deixou cair uma pistola no chão. Todos ingressaram no ***Fiesta*** e fugiram. Perdeu-os de vista, mas logo recebeu a notícia, via rádio, que o elemento ferido foi encontrado na “Jacu Pêssego”, e socorrido por integrantes de outra viatura policial. Na polícia, reconheceu Francisco e Wellington, em juízo, reconheceu Wellington, Luiz Fernando e William. (fls. 21/22, 530/534 e 562).

Rogério Moreira contou que estava em frente a companhia da Polícia Militar quando passou o veículo, modelo ***Civic***, sendo que os ocupantes efetuaram disparos em direção ao prédio daquele estabelecimento público. Saiu em perseguição, presenciou os acusados abandonarem o veículo ***Civic***, roubarem o ***Fiesta*** e pôde ver que estavam em três homens que atiravam em direção às viaturas. Quando os ocupantes lançaram uma granada em direção às viaturas policiais percebeu que um dos acusados havia sido baleado. Este foi preso, por outra guarnição, sendo que os outros dois entraram em uma residência e fizeram reféns. Os acusados deixaram no interior do veículo ***Civic***, fuzil, granada, carregador de fuzil e carregador de metralhadora (fls. 08/09 e 510/516).

Os relatos dos policiais não deixam dúvidas a respeito da participação dos acusados Wellington, Francisco e Luiz Fernando, no crime de resistência.

Embora, eles neguem terem praticado tal crime, Wellington e Francisco admitem que estavam no interior do ***Honda Civic***, pois obrigados, por desconhecidos, a “abrirem fuga” para os demais elementos do bando (fls. 600/608 e 609/618).

Mantida a condenação pelo crime descrito no artigo 329, ***caput***, do Código Penal, resta reparar as penas, pois exasperadas, já que fixadas no patamar máximo para a espécie. Em razão da intensidade do dolo que norteou a conduta dos agentes e pelos demais motivos elencados pelo ínclito Magistrado sentenciante, a pena, para cada um dos apelantes, deve ser fixada no dobro do mínimo legal: 04 (quatro) meses de detenção, acrescida de 1/6, pela reincidência, situada a pena final em 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Diante da pena cominada, de rigor, reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, e extinguir a punibilidade dos agentes, nos termos do artigo 109, inciso VI, com redação anterior à Lei Federal nº 12.234, de 2010 e artigo 110, § 1º, do Código Penal, pois ocorrida entre a data da publicação da r. sentença (07.08.2012 – fls. 1105) e o presente julgado.

DANO

No decorrer da fuga, os agentes deixaram um rastro de destruição. Viaturas policiais foram danificadas, segundo comprovam os laudos de fls. 482/483 (motocicleta ***Yamaha***), de fls. 484/485 (automóvel, modelo ***Corsa***), de

Acesso ao Sumário

fls. 686/690 (veículo, modelo ***Blazer***).

E a autoria do crime de dano veio comprovada pelo relato seguro dos policiais militares José Geraldo (fls. 17 e 525/529), Flábio (fls. 21/22 e 530/534), Rogério Moreira (fls. 08/09 e 510/516) e Guelber (fls. 15/16, 517/524 e 968/976), que participaram da perseguição aos acusados.

E a pena para esse crime também deve ser reparada, pois exagerada a fixação no patamar máximo. Em razão da intensidade do dolo e pelo fato de terem danificado várias viaturas policiais, a pena-base deve ser fixada no dobro do mínimo para a espécie: 01 (um) ano de detenção, acrescida de 1/6, pela reincidência, contida a pena final em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção. Deixa-se de fixar a sanção pecuniária, porque não imposta pelo ínclito magistrado sentenciante.

ROUBO

Autoria e materialidade do crime de roubo emergem indiscutíveis, diante do auto de exibição e apreensão do veículo Ford, modelo ***Fiesta*** de fls. 48 e do auto de entrega de fls. 72/73, bem como as declarações da vítima e os depoimentos dos policiais militares que presenciam a ação dos acusados.

Disse a vítima Michele Fernandes de Medeiros que ao parar seu veículo, em frente à residência de seu namorado, notou que de um automóvel, modelo ***Civic***, saíram três elementos que, armados, inclusive com metralhadora, ingressaram em seu carro e o levaram, sendo, então, perseguidos por policiais, que efetuaram disparos em direção aos assaltantes. Dada a rapidez da ação, não teve condições de reconhecer os ladravazes (fls. 19/20 e 535/538).

Como já salientado, o roubo foi presenciado pelos policiais militares José Geraldo (fls. 17 e 525/529), Flábio (fls. 21/22 e 530/534) e Rogério Moreira (fls. 08/09 e 510/516).

Não obstante a negativa apresentada por eles, é certo que Francisco e Wellington admitem que estavam no sítio dos acontecimentos e na posse do veículo, modelo ***Civic***.

Os policias relatam que viram os agentes subtraindo o veículo da vítima, para prosseguir a fuga. Os réus logo abandonaram esse automóvel, sendo que Luiz Fernando, ferido, não logrou continuar a fuga, e foi capturado por outra viatura, enquanto Francisco e Wellington invadiram uma residência, onde foram presos.

Acesso ao Sumário

Enfim. A prova dos autos não deixa dúvidas quanto à participação dos acusados na prática do roubo descrito na exordial.

As penas impostas para o roubo foi a mínima possível, tendo em vista a reincidência dos acusados e também as duas qualificadoras (concurso de agentes e emprego de armas de fogo), que resultaram em acréscimo de 3/8 às reprimendas e restaram comprovadas pelos elementos trazidos aos autos. Nada

a reparar.

SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO

As justificativas apresentadas pelos acusados no sentido de que foram autorizados pelas vítimas a ingressar e a permanecer no interior da residência e de que foram coagidos a participar dos crimes não encontram respaldo nas provas dos autos.

Nem mesmo os socorre a alegação de que o crime não restou caracterizado pela ausência do elemento subjetivo.

Ao contrário do alegado, Francisco e Wellington estavam armados, inclusive com armas de grosso calibre, quando ingressaram na residência, e privaram a liberdade de Luciano Rodrigues Alves e R.P.S., este, menor de 18 anos.

Disse R. que estava na via pública, em frente a casa de Luciano, quando ouviu disparos de armas de fogo, e na sequência, pessoas correndo. Para se proteger, ingressou na residência de Luciano, sendo seguido por Wellington e Francisco. Os réus estavam armados e obrigaram as vítimas a permanecerem no interior da casa.

Luciano e R. contaram que ficaram por horas em poder dos réus que exigiram a presença de advogados e um policial civil do DEIC. Na Polícia, essas vítimas disseram que os réus ameaçaram matá-las, caso a polícia invadisse a residência (fls. 10/11, 12/13, 539/544, 545/548, 977/983 e 984/986).

O policial militar Alexandre José de Araújo contou ter ouvido a ocorrência pelo rádio, e saiu no encalço dos acusados. Populares indicaram a direção tomada por eles. Foi até a residência e a proprietária informou que os réus mantinham seu filho e um vizinho como reféns. Mais de três horas depois, Wellington e Francisco se entregaram, sendo que na residência encontraram uma submetralhadora, pistola e munições (fls. 04). Do mesmo teor, o depoimento de João Marcos de Freitas Santos (fls. 06/07).

É certo que os réus pretendiam preservar suas vidas, quando fizeram as vítimas reféns. Mas, tal circunstância não tem o condão de retirar suas responsabilidades pelo crime de sequestro e cárcere privado.

Anote-se, por oportuno, que o dolo do crime de sequestrou ou cárcere privado é a vontade de privar a vítima da liberdade de locomoção, irrelevante sua finalidade.

Na doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, "*Não prevê a lei qualquer finalidade específica do agente para a privação de liberdade do ofendido. Sendo o sequestro um crime subsidiário, poderá o fato constituir-se no crime de extorsão mediante sequestro, se o fim for obter vantagem econômica (artigo 159), rapto, se houver fim libidinoso (artigo 219)*" (Código Penal Interpretado – Editora Atlas – 1999 – pág. 842).

Acesso ao Sumário

Incontestável que os réus, armados, mantiveram as vítimas em cárcere privado, por horas. Assim, de rigor, manter a condenação dos corréus Francisco e Wellington.

Os acusados foram condenados como incursos no artigo 148, ***caput***, do Código Penal, à pena de um ano de reclusão, pelo crime cometido em face da vítima Luciano, e no artigo 148, § 1º, inciso I, do Código Penal, à pena de dois anos de reclusão, em face de R., que era menor de idade, à época dos fatos.

Todavia, os crimes foram cometidos no mesmo contexto. Mediante uma só ação, eles privaram a liberdade de R. e Luciano.

Segundo a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, "*Praticando o agente uma só conduta (ação ou omissão) que cause dois ou mais resultados típicos, ocorre o denominado concurso formal ou concurso ideal de crimes. Para se reconhecer a existência da unidade da ação, deve-se considerar o fator final que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados, que compõe a conduta, dolosa ou culposa, e o fator normativo, que é a estrutura do tipo penal em cada caso particular. Assim, quando no mesmo comportamento se infringe várias vezes a mesma norma ou normas penais diversas, há concurso formal, aplicando-se o sistema de exasperação da pena*". (Código Penal Interpretado – páginas 398/399).

Por isso, de rigor, reconhecer a ocorrência do concurso formal de crimes entre os dois delitos (artigo 148, ***caput*** e artigo 148, § 1º, inciso I, ambos do Código Penal), devendo-se aplicar, na espécie, a pena do crime mais grave, acrescida de 1/6, situada a pena final em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO

No que tange ao delito previsto no artigo 16, ***caput***, da Lei Federal nº 10.826, de 2003, a absolvição dos apelantes é de rigor.

Com efeito, sendo a arma de fogo utilizada como qualificadora dos crimes de roubo, quadrilha ou bando, fuga de pessoa presa, não prevalece a infração penal prevista do Estatuto do Desarmamento, o que, na espécie, acarretaria o ***bis in idem***.

Acesso ao Sumário

Como já decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que o crime de roubo e o porte ilegal de arma, quando em concurso, há de se considerar o princípio da consunção, onde o crime fim (roubo) absorve o crime meio (porte ilegal)"* (REsp 683109/DF – Ministro José Arnaldo da Fonseca – 03.02.2005).

> *"3. A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os*

delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção.

4. In casu, o instrumento do crime foi apreendido em momento distinto, mas, no mesmo contexto fático, ou seja, quando o réu tentava fugir com o produto do crime de roubo, no qual empregou a arma. Seria diferente se o instrumento fosse encontrado com o paciente tempos depois, fora da situação de flagrância, demonstrando inexistir qualquer vínculo entre as duas condutas típicas". (HC 155.062/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 14/06/2012).

Observa-se que, na espécie, o crime de porte de arma de fogo não constituiu delito autônomo, mas era meio para a prática de outros delitos. A princípio, os réus estavam associados em quadrilha ou bando apenas para a prática de resgate de pessoa presa, mas, durante a fuga, acabaram por cometer outros delitos (resistência, dano, roubo e cárcere privado), com a finalidade de assegurar a consumação daquele primeiro crime. Verifica-se inegável nexo de dependência e subordinação entre as condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção.

Em tais condições, de rigor, absolver os apelantes da prática do crime de porte de arma de fogo, com amparo no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

QUADRILHA OU BANDO

No aditamento à denúncia de fls. 814/818 o crime de quadrilha assim encontra-se descrito: "*A concatenação e a logística da ação criminosa praticada pelos meliantes, as circunstâncias dos crimes e a ousadia com que foram praticados, a habilidade no manejo das armas de fogo, bem como a quantidade e o alto poder destrutivo do armamento apreendido, demonstram claramente que os denunciados conhecem-se há muito tempo e vêm planejando e executando crimes graves, tratando-se de indivíduos afetos à ilicitude e criminalidade, mostrando-se associados em quadrilha para tal finalidade. É dos autos que os meliantes agiram acompanhados de diversos indivíduos, totalizando quinze pessoas*".

Com efeito, na hipótese, as provas dos autos demonstram que os agentes se associaram de forma permanente e estável para a prática de crimes diversos.

O Delegado de Polícia Jair Barbosa Ortiz esclareceu que todos faziam parte de uma quadrilha conhecida, e William só foi resgatado porque teria um grau hierárquico elevado dentro do crime organizado. Eram integrantes do "P.C.C.". Esclareceu que em casos de resgate de presos, as quadrilhas se formam com antecedência, preparando a ação e parte dos membros faz a função de distrair os policiais. Assim, a partir do momento em que Wellington, Luiz

Acesso ao Sumário

Fernando e Francisco saíram com o veículo atirando em policiais que não sabiam o que estava acontecendo já faziam isso para atrair a atenção da polícia para sua rota que era oposta a do resgatado. No final, já cercados, invadiram a residência e fizeram reféns. No percurso, um deles baleado foi jogado para fora do carro, e foi preso, mas já no hospital (fls. 553/558).

O corréu Luiz Fernando pugna pela absolvição de todos os crimes, a pretexto de não ter sido preso, como os outros, na posse de armas de fogo, na cena criminosa.

Todavia, não há dúvidas de que era mais um membro da quadrilha e esteve com eles, no decorrer da ação, e a sua versão de que foi preso, quando caminhava pela via pública, e levado para o interior de uma viatura, onde foi baleado, por três vezes, sendo duas no abdômen e outra nas mãos, por um policial, seu inimigo, não encontra amparo nas demais provas dos autos. Embora não conste nos autos laudo de corpo de delito deste corréu, ele próprio informou que o policial efetuou três disparos em sua direção, no rosto, que atingiu sua mão, e dois no abdômen. No mesmo contexto, ele disse que também teve ferimentos, provocado por disparos de arma de fogo, nas duas pernas e na região das nádegas. Pouco crível que três disparos, efetuados a curta distância, possam ter atingido tantos membros do corpo (fls. 160 e 625/630).

Anote-se, por oportuno, que embora conste na r. sentença que "*Luciano e o adolescente R. viram Luiz Fernando passar ferido*", o certo é que as vítimas relataram ter presenciado alguém passar correndo, mas, muito outros também saíram em disparada quando ouviram os disparos. Por isso, essa discrepância ressaltada pelas divergências entre as características físicas desse terceiro e do corréu Luiz Fernando, não são capazes de retirar sua responsabilidade pelos crimes descritos na denúncia.

Certo é que a versão apresentada por ele, além de inverossímil, não encontra respaldo no conjunto probatório. Demais disso, ele foi reconhecido, em Juízo, pelos policiais José Geraldo e Flábio e Guelber afirmou, em Juízo, que ele teria dito para os policiais que foram com ele ao hospital que "*era do chamado partido*" (fls. 522 e 562).

Outrossim, não há como absolver Wellington e Francisco do crime de quadrilha ou bando. As provas dos autos não deixam dúvidas de que eles tiveram efetiva participação em todos os crimes, não os socorrendo a versão de que foram obrigados por terceiros desconhecidos a "abrir fuga". Ao contrário do que alegam eles foram encontrados na posse de armas de fogo.

A pueril versão apresentada por William de que desconhecia os agentes e os motivos pelos quais o resgataram do hospital também não é suficiente para decretar sua absolvição.

Ressalte-se que, em Juízo, nenhum policial quis depor na presença dos

Acesso ao Sumário

acusados, e todos relataram que havia informação de que eles faziam parte do "P.C.C.", conhecida organização criminosa. É notório que William Franklin Freitas Vargas, conhecido como "Fantasma", ocupa posição de destaque na associação criminosa.

Diante de todos esses indícios – grande quantidade de agentes (ao menos quinze), utilização de armamento pesado (metralhadora, fuzil e granada), trajando vestes da Polícia Civil e colete a prova de balas, e terem se organizado de forma rápida (o resgate ocorreu horas depois de William ter sido levado ao hospital), restaram evidentes a estabilidade e permanência da quadrilha, e por isso, não há como afastar a condenação dos réus.

As penas impostas comportam reparos. A pena-base, dada a intensidade do dolo e demais circunstâncias elencadas na r. sentença, deve ser fixada no dobro do mínimo legal: 02 (dois) anos de reclusão, com acréscimo de 1/6, pela reincidência. Pelo reconhecimento da circunstância de a quadrilha ou bando ser armado, a pena deve ser elevada na metade (aplicando-se, na espécie, a regra do parágrafo único do artigo 288, do Código Penal, com alteração imposta pela Lei Federal nº 12.850, de 2013, porque benéfica), situada a pena final em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Anote-se que também restou comprovada a circunstância agravante da reincidência em relação ao corréu William (certidão de fls. 253).

Por fim, não há como atender ao pedido da defesa de Francisco e reconhecer a ocorrência do crime continuado entre os delitos praticados.

A figura do crime continuado constitui um favor legal ao delinquente que comete vários delitos. Primordial para o reconhecimento de tal modalidade que os crimes sejam da mesma espécie.

E não foi o que ocorreu, no caso em tela, oportunidade em que o corréu Francisco violou e restou condenado pelos crimes descritos nos artigos 329, ***caput***, 351, § 1º, 163, parágrafo único, inciso III, 148, ***caput***, 148, § 1º, inciso IV, 157, § 2º, incisos I e II e 288, parágrafo único, todos do Código Penal.

Entende-se que são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal. Não basta que atinjam um mesmo bem jurídico; além disso, deve haver necessariamente semelhança entre os elementos subjetivos e objetivos das condutas delituosas.

Assim, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de dano, fuga de pessoa presa, resistência, roubo, cárcere privado e quadrilha ou bando, pois são infrações penais de espécies distintas, que não estão previstas no mesmo tipo fundamental.

Posto isto, afastada a tese do crime continuado e rejeitada a matéria preliminar, dá-se parcial provimento aos recursos de Luiz Fernando, Wellington e Francisco para: **a)** reduzir as penas impostas pela prática do crime previsto

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

no artigo 329, ***caput***, do Código Penal, para 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e reconhecer, de ofício, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, extinguindo-se a punibilidade dos apelantes; **b)** reduzir as penas aplicadas para ao crime descrito no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, para 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção; **c)** em relação aos corréus Wellington e Francisco redimensionar as penas aplicadas aos crimes descritos nos artigos 148, ***caput*** e 148, § 1º, inciso I, ambos do Código Penal, aplicando-se a regra descrita no artigo 70, ***caput***, do Código Penal, para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão; **d)** absolver Luiz Fernando Mantovan Machado, Wellington de Araújo Silva e Francisco Tiago Augusto Bobô da imputação prevista no artigo 16, ***caput***, da Lei Federal nº 10.826, de 2003, com amparo no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; **e)** reduzir as penas impostas para todos os apelantes, em relação ao crime descrito no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000002-81.2012.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante C.R.D., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16368)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: HOMICÍDIO – Pleito de anulação do julgamento em razão da improcedência das qualificadoras – Descabimento – Circunstâncias que encontram arrimo nos autos, justificando a opção dos jurados, que não espelha arbitrariedade – Respeito à soberania dos veredictos, quando não exprimem manifesta injustiça – Reprimendas – Pleito de redução da pena-base – Parcial razão – Culpabilidade, conduta

Acesso ao Sumário

social e consequência do crime levadas em conta para aumento da sanção penal, pois excedem o normal para o tipo – Circunstâncias do crime, porém, que se confundem com a culpabilidade e com a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, devendo ser afastada com consequente redimensionamento da pena – Escorreita utilização de duas qualificadoras como agravantes, ante a correspondência no art. 61, do CP – Regime inicial fechado único adequado. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de apelo interposto por **C.R.D.** contra a r. sentença (fls. 342/347) que o condenou à pena de 22 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 121, § 2º, I, III, e IV, do Código Penal.

Sustenta a defesa, em síntese, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos no que toca ao reconhecimento das qualificadoras, uma vez que não há elementos que indiquem ter o réu agido impelido por ódio ou vingança, mas sim por ciúme, o qual não constituiria motivo torpe. Acrescenta, ainda nesse ponto, que a mera reiteração de golpes não indica, por si só, o emprego de meio cruel, sem que haja comprovação de sadismo, de causação de intenso e desnecessário padecimento à vítima. Refere, ainda, que não se valeu o agente de recurso que dificultou a defesa do ofendido, pois o esperava em local iluminado, fazendo-se visível por quem chegava. Subsidiariamente, persegue a redução da pena-base ao mínimo legal.

O recurso foi regularmente processado, sendo as contrarrazões ofertadas a fls. 385/392. A Douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 398/401)

Relatei.

O recurso deve ser parcialmente provido.

Ataca a defesa tão somente as qualificadoras e a dosimetria da pena, conformando-se quanto ao mérito.

De fato, a solução absolutória é impraticável na medida em que o conjunto probatório reunido nos autos não permite dúvidas sobre a materialidade e a autoria do delito, consoante devidamente reconhecido pelo Conselho de Sentença, inclusive nem sendo alvo do inconformismo da Defesa.

Aos pontos atacados pelo réu, portanto, deve se ater a presente análise.

Acesso ao Sumário

A imputação é a de que, no dia 22 de abril de 2012, por volta de 02h, no Condomínio Paraíso das Garças, 137, defronte à “Chácara do Tuim”, em Mococa, o apelante, agindo com manifesta intenção homicida, impelido

por torpe motivação, agindo de forma que dificultou a defesa do ofendido e utilizando-se de meio cruel, matou a vítima M.A.B..

Narra a denúncia que o acusado é ex-marido de M.A.M., tendo frutificado deste relacionamento o nascimento de dois filhos, sendo tal enlace, porém, rompido por M.A.. No dia dos fatos, C. viu o ofendido e sua ex-mulher passando juntos pela praça localizada no Distrito de São Benedito das Areias. Assim, impelido pelos torpes sentimentos de ódio e vingança, resolveu matar a vítima e sua ex-mulher. Para tanto, muniu-se de uma faca e se dirigiu à residência do ofendido, para ai aguardar a chegada da vítima e da senhora M.A., com o firme propósito de ceifar a vida de ambos. Foi então que M.A., seus dois filhos e a vítima chegaram a palco dos acontecimentos. Logo a seguir, o acusado abordou o ofendido e as demais pessoas, asseverando que iria mata-las. Nesse instante, M.A. e seus filhos conseguiram fugir do local, escondendo-se no meio do matagal. Ato concomitante, o réu, agindo com manifesto intento homicida, desferiu cinco facadas na vítima, atingindo-a no tórax e abdômen, provocando-lhe lesões que foram causa eficaz de sua morte.

O homicídio foi praticado por motivo torpe, uma vez que o apelante matou a vítima motivado pelos ignóbeis sentimentos de ódio e vingança que passou a nutrir pelo ofendido, ao instante em que o viu em companhia de sua ex-mulher. Além disso, o réu utilizou-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, na medida em que o emboscou, colocando-se de tocaia na porta de sua casa, ficando a sua espera, a fim de colhê-lo de surpresa, posto que a vítima não esperava o ataque homicida. Por fim, o elevado número de golpes vibrados contra a vítima, bem como a arma empregada para a execução do delito causaram sofrimento atroz e desnecessário ao ofendido, revelando a absoluta ausência de sentimento humanitário por parte do acusado, os quais aumentaram inutilmente o sofrimento do padecente.

Pois bem.

Diferente do que sustenta a defesa, não se vislumbra decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Ao revés, os jurados se arrimaram em razoáveis elementos de convicção constantes do caderno processual a fim de decidir pela procedência das qualificadoras imputadas ao ora apelante. Senão, vejamos.

Acesso ao Sumário

A torpe motivação encontra respaldo, notadamente, no depoimento de M.A.M., a qual relatou que o réu a viu na companhia da vítima, ocasião na qual por ciúme de M., a agrediu (M.A.), de maneira que necessitou ir para o pronto-socorro. Mais tarde, ao chegar no local dos fatos, o acusado lá estava e disse que a matéria e também mataria seus filhos. Com medo, fugiu para o matagal com seus filhos e o réu atacou M. (mídia a fls. 337).

Diante disso, indagado se "O crime foi praticado por motivo torpe em

razão de ódio e sentimento de vingança em virtude do acusado acreditar que sua ex-companheira teria envolvimento amoroso com a vítima?", o conselho de sentença respondeu afirmativamente, e com razão, uma vez que o depoimento supramencionado indica que o sentimento que moveu a conduta do apelante foi o ódio e a vingança, causados pela ideia de que sua ex-mulher se relacionava amorosamente com o ofendido.

Aliás, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, "É da competência do conselho de sentença decidir se o paciente praticou o ilícito motivado por ciúme ou vingança, bem como se tais sentimentos, na análise do caso concreto, constituem o motivo torpe que qualifica o crime de homicídio." (HC 104.097/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 13/10/2009)

Não bastasse, também já decidiu o mesmo Tribunal:

"Correta a incidência da qualificadora relativa ao motivo torpe, pois o paciente por ciúme e vingança, ao pensar que a vítima, antiga namorada, mantinha relacionamento com outro homem, após espancá-la, desferiu-lhe um tiro." (RHC 7.593/MS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/1998, DJ 24/08/1998, p. 106).

Também respaldada nos autos a qualificadora relativa ao recurso que dificultou a defesa do ofendido, uma vez que o réu o esperava na entrada da chácara para onde sabia que a vítima iria e lá a surpreendeu, atacando-a munido de uma faca.

Ademais, embora a testemunha M.A. tenha dito que viu o acusado assim que chegaram, não significa que o ofendido também o viu. A questão relativa à iluminação do local também é secundária, pois o quesito formulado aos jurados não faz referência especificamente a isso, de modo que, a resposta positiva à procedência da qualificadora, encontra respaldo no fato de que a vítima não poderia esperar que o apelante a estivesse esperando e que, naquele momento, a agrediria tão violentamente.

Igualmente referendada nos autos a qualificadora concernente ao meio cruel.

É que os jurados entenderam que a multiplicidade de golpes de arma branca revelou a ausência de sentimento humanitário do agente, causando desnecessário padecimento ao ofendido, o que não pode ser entendido como absolutamente oposto à prova dos autos, pois o número de lesões e a dinâmica dos fatos encontra respaldo na prova técnica e oral, razão pela qual e resposta positiva ao quesito relativo à qualificadora em questão diz respeito ao convencimento do conselho de sentença, protegido pela soberania dos veredictos, aqui respeitado, pois inexistente arbitrariedade.

Enfim, o reconhecimento de todas as qualificadoras vai ao encontro das provas produzidas, motivo pelo qual não há que se falar em decisão absolutamente

divorciada do conjunto probatório, mesmo porque, havendo mais de uma tese viável, quem deve fazer sua escolha são os jurados, e não o Tribunal de Justiça.

Neste sentido:

"Júri – Decisão contrária à prova dos autos – Inocorrência – Veredicto que somente comporta juízo de reforma quando atentatório da verdade apurada no processo, revelando distorção de sua função judicante – Recurso não provido." (TJSP, JTJ 233/315).

"Somente pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou dos debates em Plenário – enfim, a que se apresenta destituída de qualquer fundamento, de qualquer base, de qualquer apoio no processo, com a qual não se confunde a decisão que opta por uma das versões apresentadas." (TJSP – EI – Rel. Silva Leme – RT 659/251).

Impossível, portanto, atender ao pleito de anulação do julgamento.

Quanto às penas, porém, parcial razão assiste à defesa.

A pena-base foi fixada em 2/3 acima do mínimo legal, levando o juiz sentenciante em consideração a presença de quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Primeiro, porque a culpabilidade da qual se reveste a conduta do apelante seria elevada, uma vez que, ao invés de, após o primeiro entrevero, ir para sua residência e se acalmar, o réu foi para a casa da vítima e lá a esperou, ceifando sua vida na frente da ex-mulher (do acusado) e de crianças.

Evidente que sobre tal conduta recai considerável juízo de censurabilidade, de modo que justificada a exasperação da pena nesse ponto.

Também pertinente e consideração da conduta social reprovável o réu, já envolvido em duas situações de violência doméstica (fls. 220/221), demonstrando absoluto desrespeito as mais básicas regras de convivência com seus semelhantes.

As circunstâncias também excedem as normais para tipo, pois a vítima deixou filho de tenra idade, cujo desenvolvimento físico e emocional certamente será comprometido pela falta do genitor.

Por outro lado, as circunstâncias do crime levadas em consideração pelo juiz de piso – esperar a vítima armado com uma faca após prévia contenda – na essência, se confundem com a própria culpabilidade e com o recurso que dificultou a defesa da vítima, que já incidirão sobre a reprimenda, de maneira que deve ser afastado.

Assim, uma vez que para cada circunstância judicial o aumento respectivo foi de 1/6, totalizando exasperação em 2/3, ao se decotar este último fator de recrudescimento, nos termos acima positivados, reduz-se a exasperação na

Acesso ao Sumário

primeira fase para 1/2, perfazendo 18 anos de reclusão.

Em seguida, presentes três qualificadoras e em virtude de uma delas já ser observada para a pena mínima, as remanescentes foram criteriosamente utilizadas como agravantes, uma vez que encontram previsão no art. 61, do Código Penal.

Com efeito, mantido o aumento de 02 anos utilizado no *decisum* ora objurgado, chega-se à pena definitiva de 20 anos de reclusão.

O regime inicial fechado era mesmo o único adequado aos fatos, ante o *quantum* de pena, em cotejo com as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Posto isto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da defesa, tão somente a fim de reduzir a pena para 20 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001245-08.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante JOSE GOMES FERREIRA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão "Negaram provimento ao apelo defensivo e deram provimento ao recurso ministerial, para reconhecer a incidência da qualificadora de rompimento de obstáculo; alterar, por conseguinte, os termos da condenação de José Gomes Ferreira para o art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal; fixar sua pena em um ano, oito meses e seis dias de reclusão, mais pagamento de sete dias-multa, no valor unitário mínimo; e determinar o fechado como regime inicial de cumprimento da reprimenda. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão, V.U.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 32.746)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 19 de março de 2015.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO TENTADO. APELO DEFENSIVO PLEITEANDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E, SUBSIDIARIAMENTE, O

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

RECONHECIMENTO DO *CRIME DE BAGATELA* OU DO CRIME IMPOSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RECURSO MINISTERIAL QUE PRETENDE O RECONHECIMENTO DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. QUALIFICADORA DEMONSTRADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRETENSÃO MINISTERIAL DE RECONHECIMENTO DA PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, APLICAÇÃO DA REDUÇÃO EM RAZÃO DA TENTATIVA EM SEU PATAMAR MÍNIMO E IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO PARA TAIS FINS.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 132/137, prolatada pelo MMª. Juíza de Direito Drª. ANA LUCIA FERNANDES QUEIROGA, acrescento que a ação foi julgada parcialmente procedente para condenar JOSÉ GOMES FERREIRA à pena de nove meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de sete dias-multa, no valor mínimo, como incurso no artigo 155, *caput*, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

Inconformado, apelou o réu. Busca a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugna pela declaração da atipicidade material em decorrência do *princípio da insignificância*, pelo reconhecimento de crime impossível, pela fixação da pena-base no mínimo legal, pela aplicação do redutor em função da tentativa em seu patamar máximo e pela concessão de regime inicial aberto (fls. 145/154).

Recorreu o MINISTÉRIO PÚBLICO pleiteando a aplicação à espécie da qualificadora do rompimento de obstáculo, a observância da preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, a diminuição em razão da tentativa em seu patamar mínimo, e a imposição de regime inicial fechado (fls. 166/172).

Acesso ao Sumário

Processados os recursos, com contrarrazões (fls. 161/165 e 174/176), os autos subiram a esta Egrégia Corte.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo defensivo e pelo acolhimento do recurso ministerial (fls. 180/186).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 07 de janeiro de 2014, por volta das

19h00, no interior das *Lojas Renner* do *Shopping Center Norte*, o réu JOSÉ GOMES FERREIRA, mediante rompimento de obstáculo, tentou subtrair, para si, uma mochila da marca *Adidas,* avaliada em R$ 139,00; duas bermudas jeans, avaliadas cada uma em R$ 89,90; e sete calças jeans, avaliadas cada uma em R$ 199,90, tudo de propriedade da referida loja.

Segundo se apurou, de acordo com a exordial, o ora apelante ingressou na loja e selecionou os objetos acima descritos. No corredor do local, retirou os sensores eletrônicos que guarneciam as peças de roupa e, após, as guardou no interior de uma sacola e da mochila *Adidas*. O recorrente saiu da loja em posse de tais bens, porém o segurança do estabelecimento, desconfiado da atitude do acusado e notando semelhança com indivíduo que anteriormente havia furtado ali, seguiu o réu e realizou a abordagem. Diante da confissão do apelante, a Polícia Civil foi acionada e os bens foram encontrados sob seu domínio.

Pois bem.

A materialidade e a autoria delitivas restaram amplamente comprovadas pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 02/10), Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 11/14), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 91/92), Auto de Avaliação (fls. 93/94) e Auto de Entrega (fls. 95/96).

Na Delegacia, o réu permaneceu calado (fls. 10).

Aqui, mister consignar que o silêncio é mesmo uma garantia constitucional. Todavia, embora interpretá-lo, pura e simplesmente, de forma desfavorável àquele que alega inocência seja defeso, referida exegese passa a ser até mesmo intuitiva quando as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos indiquem que agiu da forma ilícita que lhe está sendo imputada. Afinal, a defesa do cidadão envolvido ilegal ou injustamente num flagrante é imediata, instintiva. Quem, nessa condição, não bradaria sua inocência desde a primeira oportunidade em que ouvido?! Todavia, em razão da proibição acima mencionada, isso de rigor não vale como prova contra eles, de forma que deve ser analisado todo o conjunto probatório para que se demonstrem suas eventuais responsabilidades.

Ouvido em Juízo, JOSÉ admitiu que subtraiu roupas nas *Lojas Renner*, colocando-as em sacolas que trazia consigo. Acrescentou que tais peças estavam sem o sensor de alarme e que foi abordado assim que tentou sair da loja (mídia digital a fls. 142).

A confissão é a prova por excelência. É a *probatio probatissima* a que se referiu GARRAUD (Compêndio de Direito Criminal, trad. T. Menezes, vol. II, 1.915, pág. 207). Em princípio, é tudo de que se necessita para se ter por demonstrada a autoria de um delito, desde que seja verossímil, seja certa, clara, persistente e coincidente com outros elementos. De outro lado, é preciso se tenha produzido de maneira livre e espontânea e não tenha o confitente objetivo outro, que não o de elucidar a verdade.

Acesso ao Sumário

O representante da empresa ofendida, MARCEL DI CARLI BELONI, disse que o réu já furtara a loja anteriormente, em julho de 2012, e que por isso o reconheceu. Quando o viu, avisou a equipe de segurança, para que o vigiasse. Presenciou quando o réu subtraiu uma mochila da loja e a encheu com peças de roupa e, quando ele saiu, o abordaram já no corredor de saída do *shopping*. Acrescentou que o réu arrancou e quebrou os sensores sonoros antes de deixar a loja (mídia digital a fls. 142).

A declaração do representante da vítima foi firme, corroborada por outros elementos de convicção que se encontram nos autos, como visto, de forma que não se pode simplesmente desvalorizá-las.

O depoimento do ofendido em crime contra o patrimônio, cometido na clandestinidade, é de grande valia. Nesse sentido:

"Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância". (JTACrim/SP 91/407 e 86/433)

E não é só.

Os policiais MARCO ANTONIO FITTIPALDI e PATRÍCIA CEZARIO LESSA confirmaram que foram chamados pelo corpo de segurança do *shopping* para conduzir o réu à Delegacia porque ele praticou furto nas *Lojas Renner*. Afirmaram que os dispositivos de alarme das peças não estavam nas roupas, pois tinham sido retirados pelo recorrente (mídia digital a fls. 142).

Como se vê, as palavras da vítima e os depoimentos dos policiais são coerentes entre si e com as demais provas dos autos e confirmam os exatos termos da denúncia.

Oportuno ressaltar que não há qualquer impedimento de ordem moral para afastar o testemunho de policial. Confira-se:

Os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunho ou em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes (RT 411/266).

No mesmo sentido: *RTs* 730/632-3, 730/569, 716/479, 715/439, 616/286, 609/324, 594/392, 591/313, 558/313, 554/420, 526/445, 433/386 e 394/282; *RJDTACrim* 21/118.

Não foram ouvidas testemunhas defensivas e nada mais há nos autos que infirme o conjunto probatório amealhado.

Ademais, não pode ser acolhida a alegação de que o dano causado é

Acesso ao Sumário

ínfimo, uma vez que referido dano possui valor econômico mensurável e, por isso, não pode estar desprotegido da tutela do Direito. Impende consignar, aqui, que a despeito do alegado pela Defesa, ainda que não haja Auto de Avaliação acostado aos autos, o próprio réu declarou que o valor total das peças de carne correspondia a R$ 97,00 (fls. 07), além de não ser possível ignorar a existência de valor econômico da mercadoria furtada. Assim, *mutatis mutandis*, é o entendimento:

> *"FURTO – Princípio da insignificância – Inaplicabilidade – Subtração ocorrida sem relevante razão de direito – Hipótese em que a aplicação da teoria da bagatela afronta a Justiça".* (TACrimSP- *RT* 823/621)
>
> *"CRIME DE BAGATELA – Descaracterização – Furto de botijão de gás – Bem de valor patrimonial mensurável".* (TACrimSP- *RT* 715/474)

O *princípio da insignificância* ou *crime de bagatela* não está previsto na nossa legislação penal. O Juiz, em virtude do consectário da legalidade, é um escravo da lei, de vez que o Direito se consubstancia num conjunto de normas obrigatórias. Resulta daí que em hipótese nenhuma pode julgar contra elas.

Ensina HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que a Justiça não pode deixar de cumprir as leis do País (*in* "Jurisprudência Criminal", vol. II, 3ª ed., p. 312). Esse ensinamento lembra passagem de SÓCRATES que, quando convidado a fugir para evitar a morte, respondeu nobremente: *É preciso obedecer às leis da cidade, prescrevam elas seja o que for.*

GROPPALI entende que: *o Direito é constituído por um conjuncto de normas irrefragavelmente obrigatórias, que, munidas de sancção e feitas valer pela auctoridade do Estado, regulam as acções dos indivíduos e dos grupos sociaes, com o fim de assegurar o respeito, a retribuição, o socorro mutuo e a subordinação das pessoas nas relações mais importantes da vida social.* ("*Philosophia do Direito*", Trad. de Souza Costa, Ed. Livraria Clássica, Lisboa, 1926, p. 269/270)

Se, de um lado, o Direito é um conjunto de normas obrigatórias, de outro, como lembra ORLANDO GOMES em sua obra "Introdução ao Direito Civil", o juiz é um verdadeiro escravo da lei e, por via de consequência, não tem o poder de julgar contra ela. Adverte o citado mestre que, a tese contrária é de aspiração doutrinária contestável e, sobretudo, perigosa (obra e autor citados, 3ª ed., p. 53).

MÁRIO GUIMARÃES observa: *Deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação. Mais adiante arremata: "Admitir possa o magistrado tornar prevalente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido,*

Acesso ao Sumário

no texto, fôra superpor a sua vontade individual à da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários. ("O Juiz e a Função Jurisdicional", 1ª ed., 1958, p. 330-1)

Nesse sentido é o entendimento desta Colenda Câmara:

> *"Reconhecer a atipicidade da conduta narrada na inicial seria, no meu entendimento, consagrar a impunidade do acusado que, conforme certidões em apenso, faz do crime seu meio de vida. O crime bagatelar não tem previsão legal, tratando-se de tese acolhida por parte da jurisprudência dos tribunais e da nossa doutrina".* (Recurso em Sentido Estrito nº 0004961-56.2010.8.26.0091. Relator: SOUZA NERY. Comarca: Mogi das Cruzes. Data do julgamento: 26.07.2012)

> *"Não há que se falar em falta de tipicidade da conduta pelo fato de tratar-se de bens de pequeno valor. Ora, trata-se de conduta furtiva típica, bem descrita na peça acusatória, que, como dito, contém a exposição pormenorizada do fato tido por delituoso, colhendo-se do caderno investigatório elementos indiciários suficientes para embasá-la".* (Recurso em Sentido Estrito nº 0010551-56.2010.8.26.0077. Relator: SÉRGIO COELHO. Comarca: Birigui. Data do julgamento: 10.05.2012)

Aliás, cumpre ponderar que o *princípio da insignificância* não pode ser considerado sinônimo de impunidade.

Ora, se o Poder Judiciário, por entender que haja irrelevância penal, admitir que os malfeitores possam praticar pequenos furtos afirmando que não há crime, estará estabelecendo uma premissa extremamente perigosa e estimulará o cometimento de subtrações de coisas de menor valor. A tipicidade configurada deve ser respeitada e aplicada pelo juiz, que está obrigado a proferir sentença condenatória em casos tais, ainda que, se for o caso, reconheça o privilégio.

O que o juiz não pode é decidir contra a lei e sim em perfeita obediência ao que ela determinar.

Assim tenho votado em todos os casos em que essa tese da atipicidade pela insignificância foi sustentada.

Não bastassem os argumentos acima, agora anoto, por oportuno, que em sessão realizada em meados de 2013, o colendo Supremo Tribunal Federal enfrentou essa mesma questão, que foi rejeitada porque se tratava de reiteração criminosa, oportunidade em que ainda ficaram vencidos dois dos Ministros que participaram do julgamento, os quais concediam a ordem.

Então é de se perguntar: Como ocorrerá reiteração criminosa se nós absolvermos por atipicidade? Obviamente não se poderá falar nem mesmo em maus antecedentes, em isso ocorrendo.

Pergunta-se mais: Qual seria o limite para se estabelecer o que é valor irrisório? Não há como predeterminá-lo. Lembro que em data também mais ou menos recente foi entendido como valor irrisório o que equivalia, se não me

Acesso ao Sumário

engano, a pouco mais de R$ 100,00 (cuidava-se de um aparelho eletrônico). **Esse entendimento,** repito**, contraria expressamente a Lei Penal porque não há base legal para se sustentar uma decisão que absolve por atipicidade um fato que está descrito como crime**. Com o devido respeito, cometer tal afronta à lei é equivalente a proferir-se uma decisão teratológica, o que não se pode admitir em hipótese alguma.

Obviamente seria diferente se cuidássemos de um palito de fósforo, palito de dente, copo plástico descartável, etc. Enfim, qualquer coisa que efetivamente não tivesse valor algum. Todavia, se, ao contrário, isso não ocorresse, por certo teríamos que aplicar a figura do privilégio, desde que presentes os demais requisitos legais, obedecendo-se, então, exatamente o que a legislação penal prevê.

Esse deve ser obrigatoriamente o comportamento do julgador no exercício da exegese da lei penal; é o único adequado. Inadequada, imprópria, teratológica mesmo, repito, é a afronta ao que está expressamente disposto na legislação em vigor.

Tem mais.

Para reforçar e nocautear de vez essa tese que me parece teratológica, com o devido respeito, lembro também que, em data recentíssima (maio de 2013), foi apresentado *habeas corpus* perante nossa Corte maior, no qual o impetrante sustentou que o valor de R$ 16.000,00 é irrisório visto que a Fazenda Nacional não executa quantia inferior a R$ 20.000,00 porque as despesas com o processo não justificariam tal cobrança.

Para ilustrar, lembro o que constou das notícias do colendo Supremo Tribunal Federal a respeito das duas questões acima mencionadas:

> *Princípio da insignificância e reiteração criminosa.*
>
> *Em conclusão, a 2ª Turma, por maioria, denegou ordem de habeas corpus, ao reconhecer, na espécie, a inaplicabilidade do princípio da insignificância ante a reprovabilidade e ofensividade da conduta do agente. O paciente, condenado pela prática de furto simples tentado, alegava a inexpressividade do valor do bem. Apontou-se que o reconhecimento da insignificância não poderia levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Ressaltou-se que o paciente possuiria acentuada periculosidade e faria do crime o seu meio de vida, a apostar na impunidade. Frisou-se que seria nesse contexto que se deveria avaliar a censurabilidade da conduta e não apenas na importância econômica dos bens subtraídos. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que concediam a ordem. Asseveravam ser certo não bastar apenas o ínfimo valor das coisas furtadas. Consignavam, contudo, que, embora o paciente tivesse registro de inquéritos policiais e ações penais, não haveria condenação penal transitada em julgado. Pontuavam que esse fato não seria suficiente a atribuir ao paciente o caráter de agente*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

criminoso ou de alguém que fizesse do crime prática reiterada e habitual, considerada a presunção constitucional de inocência que a todos beneficiaria. (**HC 114340/ES, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 14.5.2013**)

HC questiona valor para aplicação do princípio da insignificância em crime de descaminho

A defesa de um morador de Foz do Iguaçu (PR), acusado do crime de descaminho por suprimir o pagamento de R$ 16 mil em impostos com a introdução irregular de mercadorias no País, apresentou um pedido de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal (STF), alegando que se aplica ao valor o princípio da insignificância. O pedido foi feito no Habeas Corpus (HC) 118067, distribuído ao ministro LUIZ FUX.

Na ação, a defesa sustenta que o patamar para a declaração de insignificância de crimes tributários é o fixado pela Fazenda Nacional como valor mínimo para ajuizamento de execuções fiscais. Esse número foi fixado pela União em R$ 10 mil até a edição da Portaria 75/2012, do Ministério da Fazenda, quando foi elevado para R$ 20 mil. Ainda que o descaminho tenha sido praticado em 2011, anteriormente à elevação do patamar, o HC sustenta que se deve aplicar o novo valor a fim de caracterizar a atipicidade da conduta.

O réu foi absolvido pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, decisão reformada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo o tribunal superior, o caso não se enquadra na jurisprudência da corte que firmou o patamar para declaração de insignificância em crime tributário em R$ 10 mil.

Segundo a defesa do acusado, há precedentes no TRF da 4ª Região estabelecendo que o desinteresse na Fazenda Nacional na execução fiscal impossibilita a incidência do regime mais gravoso, estabelecendo a aplicação do teto de R$ 20 mil para o reconhecimento de atipicidade da conduta. Esse valor, diz a defesa, resulta de estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), indicando que em ações de execução fiscal de montantes inferiores a R$ 21,7 mil a União não recuperaria o custo de condução do processo judicial.

"A mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada são aferidos, de forma objetiva, e pelo valor atualizado de R$ 20 mil", afirma a defesa, pedindo o trancamento da ação penal e a absolvição do acusado.

Não ocorreu, também, crime impossível.

ALBERTO SILVA FRANCO, em Temas de Direito Penal, Saraiva, 1986, p. 81, discorre amplamente, com sua reconhecida autoridade, sobre o crime impossível. Da sua lição, destaco:

Numa abordagem preliminar, não se pode fugir à consideração de que

Acesso ao Sumário

o tema do crime impossível possui inquestionáveis afinidades com o da tentativa. Em ambos os institutos, o agente deu início, segundo seu plano de ação, à execução de atividade de caráter criminoso que não atingiu a fase consumativa. Mas enquanto, na tentativa, o resultado delituoso é sempre possível porque os meios empregados pelo agente são, por sua natureza, idôneos e o objeto contra o qual dirigiu sua conduta é 'um bem jurídico suscetível de sofrer lesão ou perigo de lesão', no crime impossível, o emprego de meios ineficazes ou o ataque a objetos impróprios, isto é, a bens jurídicos que não comportam ofensa ou perigo de ofensa, inviabilizam aquele resultado.

Merece consulta também a jurisprudência citada pelo mesmo autor, após a Nota de Doutrina que segue a linha acima, no *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 7ª ed., vol. 1, p. 282 e seguintes, onde fica bem demonstrado que a ineficácia relativa do meio empregado não torna o crime impossível e sim tentado.

A distinção entre ineficácia absoluta e relativa do meio empregado está caracterizada porque, naquela, o delito jamais ocorrerá. O crime é impossível visto que o meio empregado não permite, de forma alguma, sua consumação. Já a ineficácia relativa não torna o crime impossível; ele sempre tem a possibilidade de se consumar, por um ou outro motivo.

Às vezes, alguns juízes entendem que ocorre crime impossível quando o agente é visto por seguranças de um estabelecimento no ato da subtração, que passam a acompanhá-lo e depois o prendem já fora da loja, na posse da mercadoria e sem o devido pagamento, situação fática idêntica àquela que é objeto de análise nestes autos.

Todavia, é evidente o equívoco de quem assim entende, porque o meio empregado é apenas relativamente ineficaz, jamais absoluto. Com efeito, há várias situações que tornam possível a consumação do furto. Basta lembrar que o ladrão simplesmente pode sair correndo quando for abordado pelos seguranças, conseguindo se desvencilhar deles e obtendo êxito na fuga, levando o que subtraiu. O segurança pode ter um mal súbito no momento em que segue o ladrão e este vai embora com a mercadoria furtada. Pode ocorrer um incêndio ou desabamento no estabelecimento, como o do *Supermercado Extra* de São Caetano do Sul, há alguns anos. Como essas, há diversas outras situações que por certo desviaram a atenção dos seguranças ou impossibilitariam qualquer ação inibidora deles, consumando-se o furto.

O meio utilizado pelo réu era idôneo e eficaz. O crime não se consumou, tão-somente, porque os funcionários da empresa-vítima agiram rapidamente, conseguindo detê-lo, com auxílio da equipe de segurança, que foi avisada imediatamente, e da Polícia. Poderia ele ter escapado, levando as *rei*, que trazia consigo em sacolas.

Acesso ao Sumário

A respeito já foi julgado que: "*Não há confundir crime tentado com crime impossível, porque exige este a completa ineficiência do meio escolhido pelo agente ou a absoluta impropriedade do objeto material do delito. Assim, não há falar em crime impossível ante o fato de não ter o agente conseguido levar avante seu intento, em razão de redobrada vigilância da vítima*" (JUTACrim 34/193).

No caso, o fato de o réu se evadir da loja na posse das peças de roupa e da mochila, todas com os alarmes sonoros retirados e quebrados, era meio idôneo para burlar a vigilância dos funcionários do estabelecimento e, assim, bem poderia consumar a subtração.

O réu já se encontrava, ademais, no corredor de saída da loja quando foi abordado pelo segurança.

Resulta, daí, que o caso era mesmo de condenação e a r. sentença está bem fundamentada. Aliás, bastaria ter citado o *art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, que diz: "Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".*

A prova oral somada à materialidade comprova o rompimento de obstáculo. Tais provas prevalecem independentemente de perícia (artigo 167, do Código de Processo Penal).

A jurisprudência:

FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA ATRAVÉS DE TESTEMUNHOS E DEPOIMENTO DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE: É possível o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, no delito de furto, se ausente laudo pericial, desde que a prova testemunhal e o depoimento pessoal da vítima apontem, com segurança e firmeza, os sinais de arrombamento.

(Apelação nº 1.012.129 - Data de Julgamento: 25/07/1996, 2ª câm.)

Passo à dosimetria das penas.

Atento às circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal fixo a pena-base do apelado na fração de 1/6 acima do mínimo, em dois anos e quatro meses de reclusão, mais o pagamento de onze dias-multa, em razão da caracterização dos maus antecedentes do réu (certidão de execução criminal a fls. 67/76 – apenso).

Na segunda etapa, presentes a agravante da reincidência (certidão de execução criminal a fls. 67/76 – apenso) e a atenuante da confissão espontânea, deve haver a majoração da pena, por ser aquela circunstância preponderante, nos termos do art. 67, do Código Penal.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

É inviável a tese de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, tendo em vista o entendimento de que a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. (HC 126702/DF – Rel. Min. LAURITA VAZ, julgado em 02/02/2012)

Ressalto a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a saber:

Preceitua o art. 67 do Código Penal que, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, considerando-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Portanto, na segunda fase da fixação da pena, o magistrado deve fazer preponderar a agravante da reincidência, por exemplo, sobre a atenuante da confissão espontânea.

Nesse aspecto, destaco que o réu ostenta diversas condenações anteriores, ponderadas para efeito de maus antecedentes e de reincidência, motivo pelo qual não há que se falar em *bis in idem.*

Ementa HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES E DEFINITIVAS. FOLHA DE ANTECEDENTES. VALOR PROBATÓRIO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. 1. A folha de antecedentes criminais possui fé pública e valor probante para o reconhecimento das informações nela certificadas. ***2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes. 3. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia e definitiva distinta daquela(s) considerada(s) na primeira etapa da dosimetria não caracteriza ofensa ao princípio do ne bis in idem.*** *4. O condenado reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, como no caso concreto. Ademais, o julgador considerou fatores que, associados e complementares à dogmática penal, justificam, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso, ao ressaltar que o crime foi cometido à luz do dia, no momento em que a vítima estava trabalhando, com a exposição ao perigo dos outros transeuntes e por agente que "apresenta nada menos que três condenações anteriores por roubo, a demonstrar seu total desprezo para com as normas sociais". 5. Habeas corpus não conhecido. (Processo HC 272899/SP Habeas Corpus 2013/0206023-8 – Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158) – Órgão Julgador T6 – Sexta Turma – Data do Julgamento 18/09/2014 – Data da Publicação/Fonte DJe 02/10/2014)*

Isso posto, reduzo os patamares de aumento para somente 1/12, de vez

Acesso ao Sumário

que considerei a atenuante referida.

Na derradeira etapa, considero que o *iter criminis* percorrido ultrapassou a fase inicial e se aproximou da consumação, devendo a pena ser reduzida de 1/3, ponderando que foi considerável o *quantum* percorrido.

Sobre o assunto, esta Corte já proclamou que: "*Em casos de tentativa que não chega a haver subtração, a diminuição, pela incipiência da ação desencadeadora, deve ser de 2/3; se ocorre o apossamento da res pelo furão, sem que este chegue a se afastar do local, a redução aplicável é a de metade da pena-base; e, se a subtração ocorre, o larápio logrando afastar-se do local, mas sem alcançar a posse tranqüila do material, o decréscimo observável será de 1/3, até porque, se alcançada a posse imperturbada do produto do ilícito, já se estará diante de furto consumado*" (TACrimSP - AC - Rel. Bittencourt Rodrigues - JUTACrim 87/222).

Destarte, as penas tornam-se definitivas em um ano, oito meses e seis dias de reclusão e pagamento de sete dias-multa, no valor unitário mínimo.

Por fim, entendo como adequado o regime fechado, visto que JOSÉ é reincidente específico e tem maus antecedentes (certidão de execução criminal a fls. 67/76 – apenso), o que também impede a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo defensivo e dou provimento ao recurso ministerial, para reconhecer a incidência da qualificadora de rompimento de obstáculo; alterar, por conseguinte, os termos da condenação de JOSÉ GOMES FERREIRA para o art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal; fixar sua pena em um ano, oito meses e seis dias de reclusão, mais pagamento de sete dias-multa, no valor unitário mínimo; e determinar o fechado como regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Oportunamente, expeça-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000008-35.2012.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante JAIME CARDOSO DE ALMEIDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para absolver JAIME das condutas previstas nos artigos 163 e 349-A do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e, julgo extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva

superveniente referente ao crime do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006, nos termos do artigo art. 107, IV, do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20809)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente sem voto), FRANCISCO BRUNO e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 20 de março de 2015.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: DANO, INGRESSO DE APARELHO TELEFÔNICO EM UNIDADE PRISIONAL e POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. Recurso que espera a absolvição por falta de provas e o reconhecimento da descriminalização da conduta do art. 28 da Lei 11.343 de 2006. Absolvição do crime de dano necessária. Provas angariadas que não demonstram que o buraco na parede teria sido feito pelo apelante. Crime do art. 349-A que não pune condutas de portar ou usar telefone celular em unidade prisional. Inexistência de elementos que demonstrem participação em algum dos verbos nucleares. Apelo parcialmente provido. Necessidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva referente ao crime de posse de drogas para consumo. Extinção da punibilidade.

VOTO

1. JAIME CARDOSO DE ALMEIDA (RG nº (...)) foi denunciado pelos crimes dos artigos 163 e 349-A, do Código Penal e 28 da Lei 11.343 de 2006, pois, em julho de 2011, agentes de segurança penitenciária, em revista à cela em que habitava, encontraram uma porção de maconha (0,7g) e um telefone celular, este oculto em um buraco na parede.

Foi condenado pelos três delitos. Pelas condutas previstas no Código Penal, recebeu sanção somada de 1 ano, 2 meses e 10 dias de reclusão, mais 14 dias-multa, em regime inicial semiaberto. Pelo porte de droga, foi condenado a prestar serviços comunitários por 10 meses, além de comparecer a curso educativo (fls.153/157).

Inconformado, recorreu. Espera a absolvição por insuficiência de provas acerca do dano e do ingresso de telefone celular. Quanto à conduta de possuir droga para consumo pessoal, argumenta que não seria mais considerada criminosa (fls. 180/183).

Acesso ao Sumário

Há contrarrazões (fls. 185/187). O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento parcial do recurso, com absolvição do crime de dano e do referente ao ingresso de celular, mantendo-se a sentença quanto ao porte de drogas (fls. 199/201).

Os autos foram redistribuídos a este Relator em janeiro de 2015.

É o relatório.

2. Voto pelo acolhimento integral do brilhante parecer apresentado pela douta Procuradoria.

Destaca com maestria que, para a configuração do crime de dano, faz-se necessário o dolo específico de lesar o patrimônio público. No caso dos autos, sequer era possível concluir com segurança que o buraco teria sido criado pelo sentenciado ora apelante, tanto menos que o fizera imbuído dessa intenção.

Ainda que habitasse a cela sozinho havia algum tempo, é plenamente possível que a pequena reentrância não tenha sido avistada pelos agentes nas revistas anteriores, mas que lá estivesse desde antes da chegada de JAIME.

Também tem razão o Procurador ao afirmar que "*ainda que se pudesse admitir que o Réu tivesse feito o buraco em apreço, ter-se-ia que admitir também que ele o fez para esconder a droga apreendida e não para danificar o patrimônio do Estado, estando descaracterizado, assim, o dolo da sua conduta nesse particular*" (fls. 201).

Diante desses motivos, por inexistir prova segura acerca da autoria, além de ser duvidoso o dolo específico, voto pela absolvição do crime de dano com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Semelhante desfecho me parece necessário também com relação à imputação do crime do artigo 349-A do Código Penal.

Seu *caput* tem a seguinte redação: "*Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional*".

Logo se vê, portanto, que não há incriminação de verbos como "portar", "possuir" ou "usar", permanecendo tais condutas exclusivamente como faltas disciplinares de natureza grave (artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal).

Ainda na denúncia, para fundear a increpação, o representante ministerial teve de lançar mão de vagas presunções para enquadrar a posse do telefone por JAIME em um desses verbos: "*Apurou-se ainda que, igualmente, em data não apurada, ele, agindo em concurso com indivíduo cuja identidade não foi apurada nos autos, promoveu a entrada do referido aparelho celular, tratando de escondê-lo no citado buraco feito em sua cela*" (denúncia, fls. 2D).

Ora, o flagrante da posse do telefone celular dentro da unidade prisional não permite inferir de forma direta que foi JAIME quem promoveu, direta ou

Acesso ao Sumário

indiretamente, o seu ingresso no local. Possível (e até mais provável) que terceira pessoa o tenha feito e só então lhe entregado o bem. Deixou claro o legislador que o destinatário da norma não é o preso (que pode cometer esse delito como partícipe ou coautor, em alguns casos), mas sim pessoas em liberdade que atuam para tornar possível a circulação desses aparelhos no interior das unidades. Não são raros os casos de agentes penitenciários que introduzem os aparelhos e os vendem aos presos, infelizmente.

Sobre o assunto, escreveu Cezar Roberto Bittencourt: "*Como as condutas de usar ou portar os aparelhos telefônicos celulares ou similares, no interior de estabelecimento prisional, não foram criminalizadas, resulta claro que os detentos não são os destinatários da proibição constante do dispositivo sub examen. Dessa forma, os destinatários imediatos da norma proibitiva parecem-nos ser os visitantes, os advogados e os agentes públicos que, eventualmente, possam introduzir o aparelho nos estabelecimentos prisionais*" (Código Penal Comentado, Saraiva, 7ª ed., p. 1363).

Assim, mesmo considerando que pudesse ter cometido o delito em participação, impor condenação criminal diante de tantas presunções (teria introduzido o aparelho em concurso com pessoa desconhecida, em data não apurada) não parece em harmonia com a garantia constitucional da presunção de inocência.

Também com relação a essa increpação, voto pela absolvição por insuficiência probatória, já que não foi suficientemente demonstrada a participação de JAIME no ingresso do telefone (apenas sua posse, que não está subsumida ao tipo penal).

Por fim, também me posiciono de acordo com o parecer da douta Procuradoria, voto pela manutenção da condenação pelo crime do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, conduta cuja materialidade e autoria estão inequivocamente demonstradas nos autos.

Entretanto, por previsão expressa da Lei de Drogas, em seu artigo 30, o lapso prescricional para essa pena será de 2 anos.

Com a publicação da sentença condenatória aos 22 de fevereiro de 2013, observo que o prazo prescricional transcorreu integralmente antes do presente julgamento, motivo pelo qual voto pela extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva superveniente.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para absolver JAIME das condutas previstas nos artigos 163 e 349-A do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e, julgo extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva superveniente referente ao crime do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006, nos termos do artigo art. 107, IV, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004145-37.2013.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante GLEIDSON PATRICIO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para reconhecer o furto privilegiado e reformar a r. sentença para condenar o réu Gleidson Patrício da Silva e fixar a penas 01 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias multa, no piso mínimo legal, como incurso no artigo 155, § 2º, do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8693)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), IVANA DAVID e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 26 de março de 2015.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Furto simples – Recurso da defesa requerendo, preliminarmente, a declaração de nulidade da decisão de recebimento da denúncia, bem como da ausência de fundamentação da mesma e, ainda, o cerceamento de defesa, por inobservância do art. 212 do CPP e pelo indeferimento quanto ao pedido de esclarecimento dos peritos no auto de avaliação. No mérito, requer a absolvição, com base na insuficiência probatória, na atipicidade de conduta, no princípio da insignificância, subsidiariamente o reconhecimento da forma privilegiada, e, por fim, a substituição do regime semiaberto por um menos gravoso, sendo concedida também, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos – As preliminares não merecem acolhida – Amplo e irrestrito direito de defesa garantido – Rito previsto no art. 396 do CPP obedecido – Momento processual em que o juiz deve realizar uma análise perfunctória da acusação, sob pena de incorrer pré-julgamento

Acesso ao Sumário

da ação – Art. 212 do CPP – O juiz presidente é o destinatário da prova, sendo-lhe facultativa a realização de inquirições – Preclusão consumativa por falta de alegação de prejuízo em momento oportuno – Art. 217 do CPP – Solicitação da testemunha para não ser inquirida na presença do réu – Retirada da sala de audiência justificada – Laudo pericial elaborado com base nos questionamentos da defesa – Mérito – Provas francamente incriminadoras para a pratica de furto – Declarações da vítima e depoimento do policial militar merecedores de credibilidade – Inaplicabilidade do princípio da insignificância – Necessidade de preservação da ordem pública – Conduta permeada de danosidade social e reprovabilidade pública – Delito corretamente tipificado e enquadrado – Forma privilegiada reconhecida – Pena de reclusão substituída por detenção – Réu de personalidade deturpada e voltada pela prática delitiva – Regime inicial semiaberto bem arbitrado e justificado – Inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Dado parcial provimento ao recurso.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 73/75, o qual se adota, acrescenta-se que condenado **GLEIDSON PATRÍCIO DA SILVA**, às penas de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 10 (dez) dias multa, fixado no piso mínimo legal, como incurso no artigo 155, "caput", do Código Penal.

O réu apelou, (fls.75), e sua defesa técnica apresentou as razões recursais, (fls. 82/109), requerendo, preliminarmente, a declaração de nulidade da decisão de recebimento da denúncia, bem como a ausência de fundamentação da mesma e, ainda, o cerceamento de defesa, por inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal e indeferimento quanto ao pedido de esclarecimento dos peritos no auto de avaliação. No mérito, requer a absolvição, com base na insuficiência probatória, na atipicidade de conduta, no princípio da insignificância, subsidiariamente o reconhecimento da forma privilegiada, e, por fim, a substituição do regime semiaberto por um menos gravoso, sendo concedida também, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Acesso ao Sumário

Devidamente contrarrazoado o recurso pelo Órgão Ministerial, (fls. 111/122), a Douta Procuradoria de Justiça, (fs. 139/150), manifestou-se pelo não provimento, mantendo-se inalterada a r. sentença recorrida.

É o relatório.

Preliminarmente, o pleito de nulidade da decisão de recebimento da denúncia levantado pela defesa não merece prosperar. Acertadamente o r. decisão proferida pelo d. juízo "a quo", (fls. 50/51), deu cumprimento ao artigo 396 do Código de Processo Penal, no qual, inclusive, está garantido ao acusado amplo e irrestrito direito de defesa, determinando a citação para o réu responder à acusação, no prazo de 10 (dez) dias. Ademais, não se trata de crime que prevê rito especial, onde se abre a possibilidade de a defesa apresentar manifestação anterior ao recebimento da denúncia, como, por exemplo, o atinente à Lei n.º 11.343/06 ou mesmo crimes de responsabilidade praticados pelos funcionários públicos.

Outrossim, não prospera a alegação de nulidade por ausência de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia em desfavor do réu, uma vez que neste momento processual o juiz deve realizar uma análise perfunctória da acusação, isto é, verificar a existência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, sob pena de incorrer em pré-julgamento do mérito da ação penal.

Quanto à preliminar levantada acerca da inobservância do que regra o artigo 212 do Código de Processo Penal, na ata de audiência, (fls. 73), não há qualquer menção acerca de apontamentos pela Ilustre Defensoria do apelante, ocorrendo a sua preclusão.

Destarte, houve a preclusão, por não se tratar de nulidade absoluta, porquanto, na verdade, o art. 212 do Código de Processo Penal, não interferiu na essência do sistema presidencialista que norteia o Processo Penal vigente em nosso País. Continua sendo o juiz quem faz a pergunta à vítima ou testemunhas, conclusão que se retira do complemento que o art. 473 do Código de Processo Penal dá ao art. 212 do mesmo diploma.

Acesso ao Sumário

O art. 473 explicita que o juiz presidente dá início à inquirição, e depois às partes reperguntam. É a mesma coisa que acontece em relação ao art. 212 do Código de Processo Penal. Só quando das reperguntas, a parte a dirigirá diretamente à testemunha. Evita-se a burocracia ilógica da parte perguntar, falando ao juiz, e o juiz repetir a pergunta que já ouviu. Bem mais célere o procedimento em que a testemunha já responda a pergunta ouvida da parte. O juiz, atento à presidência da instrução, deverá interferir de pronto e impedir seja respondida pergunta fora do objeto da prova, as impertinentes.

Nem se diga que o art. 473 do Código de Processo Penal se refere ao procedimento do Júri, em que os destinatários da prova são os juízes leigos,

o que estaria a autorizar o juiz presidente perguntar diretamente, enquanto na hipótese do art. 212 do Código de Processo Penal não deveria fazê-lo, porque ele, o juiz presidente é o destinatário da prova. Não é certo dizer que pela nova regra, o destinatário da prova não deveria inquirir.

Como já mencionado, nesse aspecto, nada mudou. Reafirmo, o art. 473 do Código de Processo Penal complementa em esclarecimentos o art. 212 do Código de Processo Penal. A questão nada tem a ver com destinatário da prova, tanto é que o art. 215 do Código de Processo Penal, é expresso: " Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases. Num ou noutro procedimento nada mudou quanto ao andamento da instrução criminal, sob presidência, inquirição da testemunha e reprodução por termo do que foi colhido.".

Unicamente, e nada mais de diferente, consiste nas reperguntas. É nessa hipótese que sob fiscalização do juiz presidente a parte a fará diretamente. E se o magistrado continuar, mesmo nas reperguntas, na inquirição cruzada? É mera irregularidade ou nulidade?

Conclui-se que o desfecho da ação penal deverá ser analisado caso a caso.

Primeira hipótese: A parte de nada reclama. Dá-se a preclusão consumativa, com superação da mera irregularidade, sem prejuízo a quem quer que seja;

Segunda hipótese: A parte reclama e faz constar do termo, mas não aponta prejuízo decorrente da inquirição cruzada. Só o fato de o juiz redundar em repetir o que a parte quer saber, não passa de irregularidade, sem prejuízo;

Terceira hipótese: A parte reclama da inquirição cruzada, quando deveria ser direta e aponta o efetivo prejuízo. Exemplo: transmissão à testemunha de pergunta diferente do que a parte efetivamente perguntava, de forma pertinente e dentro do objeto da prova (senão a pergunta seria indeferida). Apontado o prejuízo, perceptível no termo, o ato processual estará maculado, e, portanto, a nulidade relativa deve ser reconhecida.

Como se vê, a questão não demanda nulidade absoluta. É mera irregularidade, ou, quando muito, nos termos explicitados, nulidade relativa.

Na hipótese em julgamento, não houve reclamação no termo, em razão de não ter o magistrado permitido a repergunta direta. Não há como reconhecer nulidade, porquanto não se reclama da postura do magistrado quanto ao preceituado no art. 215 do Código de Processo Penal. Atingiu o processo penal a sua finalidade quanto à colheita da prova, sem prejuízo às partes. Não se pode falar, à essa altura, da existência de nulidade do procedimento.

Também não há se falar em nulidade em virtude da retirada do apelante da sala de audiências com base no temor da vítima. Conforme expresso na ata de audiência, (fls. 73), o d. magistrado "a quo" fez constar que a vítima solicitou

Acesso ao Sumário

prestar sua declaração na ausência do réu, razão pela qual avaliou e constatou que ela estava temerosa, acrescentando ainda, que o defensor acompanhou a inquirição e não se opôs à medida. Portanto, justificada a retirada do apelante, fora dado cumprimento ao artigo 217 do Código de Processo Penal, não restando comprovada a nulidade e, tampouco, demonstrado prejuízo concreto para a defesa do apelante.

Quanto ao indeferimento do pedido de esclarecimento dos peritos que elaboraram o auto de avaliação indireta, que teria restringido o princípio constitucional da ampla defesa, comungo do entendimento do I. Procuradora de Justiça: "(...) o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade, pertencente ao Magistrado. Este poderá, fundamentadamente, indeferi-las quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo ou sua convicção.".

Ademais, o laudo de avaliação indireta, (fls. 36), fora elaborado pelos peritos com base nos questionamentos realizados pela defesa, não havendo razão para se alegar o cerceamento desta.

Diante disso, afasta-se as preliminares suscitadas.

A r. sentença merece prosperar por seus próprios fundamentos, em que pese os argumentos da defesa, pois comprovadas autoria e materialidade delitiva, sendo de rigor a condenação do apelante.

A materialidade decorre do auto de prisão em flagrante, (fls. 02/12), do boletim de ocorrência, (fls. 14/16), do auto de exibição, apreensão e entrega, (fls. 17/18), do auto de avaliação, (fls. 36), bem como pela prova oral produzida.

Por conseguinte, a autoria delitiva restou cabalmente demonstrada, através da confissão do réu e do acervo probatório produzido no transcurso da persecução penal.

Interrogado em juízo, (mídia), o apelante disse que, na data dos fatos, estava fumando "crack" e resolveu comprar a bicicleta de um outro fumante pelo valor de R$ 15,00 (quinze reais), instantes antes de ter sido abordado pelos policiais. Apontou que a lata de olho estava na garupa da bicicleta, mas não explicou a razão.

Acesso ao Sumário

A vítima, (mídia), declarou que tinha deixado a bicicleta na frente de um bar, com mantimentos e um litro de óleo de motor. Contou que ouviu um barulho e viu que a bicicleta tinha sido furtada. Asseverou que correu para localizá-la, mas não conseguiu. Acrescentou que cruzou com uma viatura da policia, mas enquanto passava os dados para o policial, o réu passou com a bicicleta pelo local e foi detido.

A doutrina afirma que " (...) No entanto, há oportunidades em que a palavra do ofendido alcança extremo valor probante, principalmente nos delitos praticados na clandestinidade, quando estão ausentes testemunhas presenciais

da cena criminosa. Tal situação é comum nos crimes contra a dignidade sexual (p. ex.: estupro etc.) e, ainda no crime de roubo, delitos estes que, por sua natureza, em regra, só participam o agente e a vítima (TJSP, Ap. nº 139.718-3, Rel. Des. Celso Limongi, j. em 03.03.94; TJSP, Ap. nº 110.070-3, Rel. Des. Denser de Sá, j. 09.09.91; RT 737/624: RJDTACRIM 2/135).” (Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Curso de Processo Penal, Editora Forense, 6ª edição, p. 343).

Nesse sentido:

Apelação Criminal – ROUBO em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo. PRELIMINAR – Prova material forjada – Inocorrência – Não se comprovou que a arma poderia pertencer à vítima só pelo fato de ela ter sido policial por quinze anos – Um dos réus utilizou de arma para roubar a vítima – Arma encontrada no interior do veículo em que o réu foi abordado – Preliminar rejeitada. MERITO – Autoria e materialidade delitiva demonstradas – Prova – Palavras da vítima e de testemunhas – **Não há razão para se duvidar da sinceridade das palavras da vítima, que nenhum motivo possuem para incriminar pessoas inocentes falsamente –** Vítima e testemunhas que confirmaram o emprego de arma e o concurso de agentes – Consumação – No momento em que o agente se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência – Dinheiro subtraído que não foi recuperado – Inocorrência de participação de menor importância – art. 29, § 1º, CP – Aplicação apenas aos partícipes e não aos coautores – Condenação mantida. PENAS corretamente fixadas – Penas-base acima do mínimo legal – Alta periculosidade evidenciada pelos réus pela forma como praticaram o delito – Reincidência de dois réus – Duas causas de aumento reconhecidas – Regime fechado – Sentença mantida – Preliminar rejeitada, recursos desprovidos. (Apelação Criminal nº 0011040-41.2008.8.26.0602 rel. Des. Machado de Andrade, 6ª Câmara de Direito Criminal. Data julgamento: 16/12/2010). (**grifo do relator**).

A testemunha, policial militar, (fls. mídia), confirmou que enquanto estava conversando com a vítima, que lhe passava as características da bicicleta e do réu, este passou na posse da res na frente deles. Disse que a vítima apontou que aquela era a bicicleta furtava, momento em que deteve o réu.

Quanto aos policiais, importante frisar que eles exercem função pública relevante e presumidamente cumprem a lei. Não existe razão para desmerecer seus depoimentos, até mesmo porque coesos e harmônicos. Além disso, não costumam eles ter qualquer motivo para incriminar pessoa inocente, que, aliás, nem conheciam antes.

A propósito, assim já se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos"

(H.C. nº 74.608-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello).

Ressalte-se que as declarações da vítima e o depoimento do policial militar encontram-se em consonância e descrevem de maneira coerente o desenrolar dos fatos, pelo que merecem credibilidade, possibilitando, sem a existência de dúvida, o desate condenatório do réu.

Verifica-se, portanto, ser de todo inviável a absolvição, restando isolada nos autos a tese defensiva, posto que devidamente comprovadas autoria e materialidade do delito, assim como o dolo com que agiu, não havendo nenhuma causa excludente de ilicitude, confirmando-se a correta imputação feita ao recorrente.

Em que pese os argumentos defensivos, o delito praticado pelo réu não pode ser considerado insignificante, principalmente sob o prisma da preservação da ordem pública, verificando-se que a conduta atribuída ao sentenciado, além de formalmente típica, está imbuída de danosidade social e reprovabilidade pública. Ou seja, *in casu*, não se pode reconhecer a irrelevância penal da conduta.

Nesse sentido, como bem ressaltou o I. Procurador de Justiça, é o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que postula revelar-se incabível a bagatela quando não preenchidos quatro vetores para sua identificação, a saber: **(a)** a mínima ofensividade da conduta do agente, **(b)** a nenhuma periculosidade social da ação, **(c)** o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e **(d)** a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC nº 93.482, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 07/10/2008).

Ademais, impende dizer que inadmissível a tese do Princípio da Insignificância, sob a condição de ser regulamentada a profissão daquele que comete pequenos delitos. Insignificante para o aspecto penal seria, por exemplo, um lápis, uma borracha, uma folha de papel, clips, alfinetes e coisas semelhantes, diferente da materialidade demonstrada na presente ação penal.

As penas comporta reparo.

De rigor o reconhecimento do furto na modalidade privilegiada.

Trata-se de apelante primário tecnicamente, à época dos fatos, que

subtraiu bens, constantes do auto de exibição e apreensão avaliados no valor de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), justificando-se a substituição da reclusão pela detenção, pois preenche o apelante os requisitos impostos pelo art. 155, § 2º, do Código Penal.

Entretanto, por contar com sentença condenatória por roubo, em primeira instância, e ter cometido o furto "sub judice" durante a liberdade provisória concedida quando da instrução do roubo, demonstra ter personalidade deturpada e voltada para o crime, impossibilitando concessão das demais benesses de diminuição da pena ou imposição de multa.

Acrescente-se ainda que, fora acertada a fixação do regime. O d. juiz sentenciante bem justificou a imposição do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade sob o argumento de que o réu já fora preso preventivamente pela prática de crime de roubo e já foi condenado por este delito, em primeira instância, sendo que na oportunidade em que foi beneficiado com a liberdade provisória praticou o crime que está sendo julgado. Assim, o regime agora arbitrado melhor atenderá a suficiência e a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo apelante, que também demonstra ter personalidade voltada para práticas delitivas, notadamente contra o patrimônio.

O pleito de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos também não procede, pois com sua conduta e personalidade voltada para prática delitiva, especialmente considerando que quando colocado em liberdade provisória o apelante voltou à atividade delitiva, restou demonstrado não parecer suficiente a imposição de medidas diversas da prisão, respeitando-se o que preceitua o artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Ante o exposto, por meu voto, **CONHEÇO** e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para reconhecer o furto privilegiado e reformar a r. sentença para condenar o réu **Gleidson Patrício da Silva** e fixar a penas 01 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias multa, no piso mínimo legal, como incurso no artigo 155, § 2.º, do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008298-60.2012.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante PAULO HENRIQUE ALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão "Deram provimento ao recurso

Acesso ao Sumário

para absolver Paulo Henrique Alves e Luís Augusto de Moraes, nos termos do que dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 32.071)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), OTÁVIO HENRIQUE e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 27 de março de 2015.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 272, § 1º DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA NOCIVIDADE DA SUBSTÂNCIA. INCONFORMISMO QUE APROVEITA AO CORRÉU. RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER O APELANTE, COM EXTENSÃO AO CORRÉU, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CPP.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 169/172, prolatada pela MM. Juíza de Direito, Dra. FERNANDA MARTINS PERPÉTUO DE LIMA VASQUEZ, ora adotado, acrescento que o apelante PAULO HENRIQUE ALVES e o corréu LUÍS AUGUSTO DE MORAES foram condenados às penas de quatro anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de dez dias-multa, no valor unitário mínimo, como incursos no art. 272, § 1º, do Código Penal, substituída a corpórea por duas restritivas de direitos, sendo uma consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e outra de prestação pecuniária, no importe de um salário mínimo.

Inconformado, PAULO recorre em busca da absolvição, por entender incomprovada a nocividade do produto (fls. 195/203).

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 218/221), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do apelo, com alteração da tipificação penal para o art. 171, "caput", e § 2º, inciso IV, do Código Penal (fls. 232/236).

É o relatório.

O recurso merece ser provido.

PAULO HENRIQUE e LUÍS AUGUSTO foram condenados porque falsificaram, adulteraram e mantiveram em depósito para revenda, bebidas alcoólicas destinadas ao consumo.

Acesso ao Sumário

O laudo pericial de fls. 86 constatou pela irregularidade dos selos de controle inseridos em duas garrafas de *Vodka Orloff*, além de ter verificado a violação da tampa de rosca. A perícia de fls. 89 constatou pela irregularidade de cinco cópias coloridas de selos de controle, não aprovados pela Secretaria da Receita Federal.

Todavia, em que pese comprovada a adulteração/falsificação das bebidas apreendidas em posse dos réus, observo que não foi elaborado laudo do conteúdo e, com isso, não há prova da nocividade ou impropriedade das bebidas envasadas, circunstância essencial à tipificação do delito.

Com efeito, a nocividade à saúde é elementar do *caput* e dos parágrafos do tipo previsto no artigo 272 do Código Penal. A ausência de prova nesse sentido impõe reconhecimento da atipicidade da conduta imputada aos réus.

Tudo leva a crer que o objetivo do apelante e do corréu era o de obter indevida vantagem econômica, em prejuízo dos potenciais consumidores dos produtos. A simples falsificação da bebida não satisfaz a exigência legal contida na expressão "nocividade à saúde", razão pela qual a conduta não se enquadra no tipo penal do art. 272 e seus parágrafos, do Código Penal.

Nesse sentido, ROBERTO DELMANTO:

> *Sujeita-se às mesmas penas do caput o agente que pratica as ações previstas no caput ou no § 1º-A em relação a bebidas, tenham elas teor alcoólico ou não.* ***Em face dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade, para que haja fato típico, a bebida*** *(alcoólica ou não, mas destinada a consumo)* ***deve, em virtude da corrupção, adulteração, falsificação ou alteração ter se tornado nociva à saúde.***[1]

De acordo com GUILHERME NUCCI (*Código Penal Comentado*, 2005, p. 897), a nocividade à saúde significa que o produto destinado a consumo somente se torna objeto do crime quando "*for prejudicial às normais funções orgânicas, físicas e mentais, do ser humano.*" A doutrina classifica o delito como de perigo comum abstrato, ou seja, deve colocar em risco um número indeterminado de pessoas.

Não destoa a jurisprudência[2]:

> *Para a caracterização do crime contra a saúde pública na modalidade prevista no art. 272 do CP é imprescindível que da corrupção, adulteração, ou falsificação da substância alimentícia ou medicinal decorra nocividade à saúde.* ***A simples impropriedade do produto para consumo não satisfaz a exigência contida na lei****, que fala em nocividade à saúde, a ser pericialmente comprovada (RT 632/282).*
>
> *Em face da conclusão pericial atestando que o produto, muito embora falsificado, não era nocivo à saúde, e* ***inexistindo nos autos***

1 *Código Penal Comentado* (São Paulo: Saraiva, 2010), p. 794.

2 *RT*, 288:592, 600:308

informação de que tivesse havido redução do seu valor nutritivo, não se caracterizou o delito previsto no artigo 272, § 1º, alínea a, do Código Penal. *Para a caracterização desse crime, exige-se que a substância, produto ou bebida, com ou sem teor alcoólico, corrompido, adulterado, falsificado ou alterado seja nocivo à saúde ou que, em razão dessas ações, tenha reduzido o seu valor nutritivo* (TJSP, 5ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 00939897.3/5, Relator TRISTÃO RIBEIRO, Data de julgamento 11 de janeiro de 2007).[3]

Descabido o pleito desclassificatório formulado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, uma vez que, assim procedendo, inevitavelmente incorrer-se-ia em *mutatio libelli*, o que é vedado em Segundo Grau de Jurisdição.

Nesse sentido a Súmula 453, do E. Supremo Tribunal Federal:

Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do código de processo penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

É certo que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação jurídica trazida na denúncia. Todavia, no presente caso, a inicial acusatória deixou de descrever no que consistiria a impropriedade ao consumo das bebidas falsificadas ou adulteradas, o que não pode ser suprido nesta sede.

Por estar o corréu LUÍS AUGUSTO em idêntica situação, estendo os efeitos da presente decisão a ele, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Posto isso, dou provimento ao recurso para absolver PAULO HENRIQUE ALVES e LUÍS AUGUSTO DE MORAES, nos termos do que dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Cartas Testemunháveis

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Carta Testemunhável nº 0001217-59.1999.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é testemunhante ANTONIO GERDIMAR SANTIAGO, é testemunhado JUÍZO DA COMARCA.

3 Fls. 264-5.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram a carta testemunhável, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2504)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: CARTA TESTEMUNHÁVEL – Decisão de pronúncia – Acusado foragido – Intimação editalícia – Abertura de novo prazo recursal – Interposição de recurso em sentido estrito – Negado seguimento ao processamento do recurso interposto – Reconhecimento da Autodefesa e abertura de novo prazo recursal – Carta testemunhável deferida.

VOTO

Trata-se de carta testemunhável interposta por Antonio Gerdimar Santiago, com fulcro no artigo 639 e seguintes do Código de Processo Penal, por inconformismo com a r. decisão de fls. 28 (fls. 382, item "1", dos autos principais), exarada nos autos do processo nº 0001217-59.1999, da 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo, que negou seguimento ao processamento de recurso em sentido estrito interposto.

Em resumo, objetiva por meio do presente recurso, o recebimento e o devido processamento do recurso em sentido estrito interposto (fls. 27) contra a r. decisão de pronúncia acostada às fls. 10.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões, manifestando-se pelo provimento do presente recurso (fls. 30/32) e a decisão recorrida foi mantida (fls.33).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo deferimento da carta testemunhável (fls. 35/36).

É o relatório.

Ora, em que pese o posicionamento exarado pelo MM. Juiz *a quo* na r. decisão recorrida, realmente, é caso de se deferir a presente carta testemunhável.

O acusado Antonio Gerdimar Santiago foi pronunciado por infração ao artigo 121, *caput*, do Código Penal em virtude de r. decisão datada de 25.03.2003 (fls. 09/10).

Acesso ao Sumário

A defensora do acusado tomou ciência da r. decisão de pronúncia em 21.05.2003, consoante certidão cartorária (fls. 12vº).

O acusado encontrava-se foragido, sendo expedido mandado de prisão em seu desfavor em 09.05.2003 (fls. 12vº). Foram infrutíferas as diligências para o devido cumprimento do mandado de prisão expedido (fls. 13vº, 14, 18 e 19vº). Por r. despacho datado de 16.06.2004, determinou-se que os autos aguardassem no arquivo, a prisão do acusado (fls. 20).

Com o advento da nova lei que passou a permitir o julgamento pelo Júri, sem a presença do acusado, determinou-se a intimação do réu, por edital, da decisão de pronúncia em 12.08.2014 (fls. 22). O edital foi publicado em 18.08.2014 (fls. 24). O Defensor Público interpôs recurso em sentido estrito contra a r. decisão de pronúncia em 21.08.2014 (fls. 27).

O MM. Juiz Testemunhado deixou de receber o recurso em sentido estrito interposto, alegando que à época da r. sentença de pronúncia, a defesa do acusado já havia sido cientificada e deixara de interpor qualquer recurso (fls. 28), sendo intempestiva, portanto, esta interposição.

Nas contrarrazões recursais, o Ministério Público assim se manifesta:

"O presente recurso merece provimento. De fato, o artigo 420 do Código de Processo Penal prevê a intimação do defensor e do réu de forma bipartida e, por tal, possui prazos distintos para a defesa técnica e a autodefesa.

Sem embargo, por não possuir capacidade postulatória ao réu somente é possível o manejo do recurso através de sua defesa formalmente constituída.

De mais a mais, o próprio edital de intimação da sentença de pronúncia abre prazo recursal ao réu (fls. 247).

Desta forma, vê-se que houve preclusão para o exercício da defesa técnica, porém à autodefesa do réu não. (...)" (fls. 31).

O entendimento desta relatoria é o mesmo dos Órgãos Ministeriais de Primeiro e Segundo Grau.

Não se pode cercear a defesa do acusado, intimado por edital, inviabilizando-o da interposição de qualquer recurso, acaso não se reconheça o instituto da autodefesa e, por via de consequência, a abertura de novo prazo, neste caso, recursal.

Assim sendo, defere-se a carta testemunhável, para o devido processamento do recurso em sentido estrito que fora obstado.

Acesso ao Sumário

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 9000001-17.2013.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a Correição Parcial, cassada a liminar concedida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18388)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA TEREZA DO AMARAL (Presidente), XAVIER DE SOUZA e SALLES ABREU.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGAÇÃO E CONDUZIR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS, NOS TERMOS DO ART. 129, INCISOS VI, VII, VIII E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DILIGÊNCIA DEFERIDA PELO JUÍZO *A QUO* – PROCEDIMENTO JUDICIALIZADO – ACOMPANHAMENTO DAS DILIGÊNCIAS PELO JUIZ – POSSIBILIDADE.

RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Correição Parcial interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO – GAECO – Guarulhos, **com pedido de liminar**, contra decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba que, nos autos registrados sob nº 0006181-08.2013.8.26.0278, originado de representação criminal decorrente do procedimento investigatório criminal nº 83/10, determinou que o andamento e resultado das investigações e também dos dados

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

obtidos decorrentes da quebra de sigilos de dados telefônicos deferida, fossem submetidos ao Juízo a cada 90 dias, sob pena de busca e apreensão dos autos.

Sustenta o corrigente que o procedimento investigatório criminal possui regulamentação própria e não necessita da aplicação subsidiária das regras contidas no Código de Processo Penal.

Aduz que a Resolução nº 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, em conjunto com o Ato Normativo nº 314 – PGJ/CPJ traz regulamentação diversa da prevista pelo artigo 10, § 3º, do Código de Processo Penal, no sentido de que as prorrogações são permitidas, por decisão fundamentada do membro do Ministério Público responsável pela sua condução (art. 12 da Resolução nº 13/2006), de modo que a r. decisão determinando que os autos do procedimento investigatório criminal sejam encaminhados ao Juízo para fins de concessão de dilação de prazo, acarreta inversão tumultuária da ordem processual.

Afirma ainda o corrigente que, nos procedimentos investigatórios criminais instaurados pelo Ministério Público, presididos por Promotores de Justiça, o Poder Judiciário não exerce o controle de concessão de prazo, atividade restrita ao inquérito policial, presidido por Delegado de Polícia, certo, ainda, que o despacho atacado não se restringe ao mero controle de dilação de prazo, pois determinou que o presidente do PIC apresentasse, a cada 90 dias, relatório informando o andamento e o resultado das investigações, sob pena de determinar-se a expedição de mandado de busca e apreensão do feito, pretendendo, assim, o Juiz corrigido, atuar como órgão de controle externo do Ministério Público.

Postula liminarmente a suspensão do despacho impugnado, e, ao final, o provimento do recurso para que seja cassada a decisão e determinado o regular andamento do procedimento investigatório criminal, com observâncias às regras previstas na Resolução nº 13, do Conselho Nacional do Ministério Público.

A liminar foi deferida para suspender o despacho impugnado até o julgamento do presente recurso (fls. 35/37).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento da Correição Parcial para o fim de determinar o normal andamento do procedimento investigatório criminal, sem a necessidade de apresentação de relatório sobre o andamento e do resultado da investigação, assim como pedido de dilação de prazo ao Judiciário (fls. 40/45).

É o relatório.

Inobstante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o Ministério Público possui a prerrogativa de instaurar processo administrativo de investigação e de conduzir diligências investigatórias, nos termos do art. 129, incisos VI, VII, VIII e IX, da Constituição Federal, a presente Correição Parcial não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Isto porque, na presente hipótese, o procedimento já está judicializado, na medida em que o Juízo deferiu ao Ministério Público pedido de quebra de acesso a regras de bilhetagem dos números telefônicos dos investigados no procedimento administrativos.

Não se trata de afastamento ou limitação aos poderes investigatórios do Ministério Público, mas sim da possibilidade de que o juiz possa acompanhar se sua decisão está sendo cumprida, nos limites por ele estabelecido, bem como de reformá-la caso entenda haver condutas atentatórias aos direitos e garantias individuais, fazendo cessar toda e qualquer ilegal coação por parte do Estado.

Outrossim, nos termos do art. 5º, da Lei 9.296/96, a referida diligência tem prazo determinado, não podendo exceder o limite de quinze dias e, sua renovação se dará por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Assim, embora a jurisprudência admita a prorrogação sucessiva da interceptação telefônica, tal medida deverá ser feita por meio de decisão judicial devidamente fundamentada. Confira-se:

> "“HABEAS CORPUS” SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. PROCESSUAL PENAL. INVESTIGAÇÃO DE ATOS ILÍCITOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS POR POLICIAIS. DISTRIBUIÇÃO ILEGAL DE INQUÉRITOS. OPERAÇÃO “CEROL”. ALEGAÇÃO DE QUE DENÚNCIA ANÔNIMA SEM PRÉVIA VERIFICAÇÃO DA SUA VERACIDADE ENSEJOU O DEFERIMENTO DA ESCUTA TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA ESCUTA. ÔNUS DO IMPETRANTE DEMONSTRAR O PREJUÍZO SUPOSTAMENTE SOFRIDO. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO SUPORTADO. INEXISTÊNCIA. EVENTUAL ESCUTA TELEFÔNICA REALIZADA FORA DO PERÍODO DETERMINADO PELO JUÍZO DEVE SER LEVADA AO CONHECIMENTO DESTE E NÃO DIRETAMENTE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRORROGAÇÕES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. “HABEAS CORPUS” NÃO CONHECIDO.
>
> 1. Os Tribunais Superiores assentaram que o uso do remédio heroico se restringe a sanar ato ilegal de autoridade, que deve ser cessado de imediato, inadmitido seu uso indiscriminado como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais.

Acesso ao Sumário

2. A medida cautelar que autorizou a interceptação das comunicações telefônicas do paciente e de outros policiais investigados, de acordo com os elementos que instruem a presente impetração e diferentemente do que afirmado pelo impetrante, não foi deferida exclusivamente com base em denúncia anônima sem prévia investigação e nem tampouco se originou a partir de informação policial de 06/06/2005, de modo que não há se falar em ilegalidade.

3. A jurisprudência desta Egrégia Corte Superior já proclamou que é ônus do interessado demonstrar o prejuízo concreto a que teria sido submetido em razão da nulidade arguida, o que não ocorreu. Precedentes.

4. A teor do art. 563, do Código de Processo Penal, não se reconhece nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo suportado pelo paciente com a interceptação telefônica realizada. Hipótese não configurada.

5. Se houve um período de interceptação das comunicações telefônicas do paciente realizada sem autorização judicial esta se deu por conta do executor da medida, devendo a ilegalidade ser submetida ao juiz da causa e não diretamente ao Tribunal de Justiça, que não pode examinar a matéria, sob pena de supressão de instância.

6. As interceptações telefônicas podem ser prorrogadas sucessivamente por decisão judicial devidamente fundamentada, sendo imprescindível que o requerente justifique a sua necessidade. Precedentes.

7. "Habeas corpus" não conhecido." (STJ, HC 139306/RJ, 5ª Turma, Min. Moura Ribeiro, j. 12/08/2014, DJe 15/08/2014).

Diante disso, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, tendo em vista a necessidade de estabelecer a uniformização, a padronização e requisitos rígidos na utilização dos dados referentes às autorizações de interceptações telefônicas, editou a Resolução 36/2009, através da qual, em seu artigo 5º, ficou determinado que na formulação de pedido de prorrogação de prazo, deverão ser apresentados ao Juiz competente ou ao servidor por ele designado, os áudios (CD/DVD) com o inteiro teor das comunicações interceptadas, as transcrições da conversa relevantes e o relatório circunstanciado das investigações com seu resultado.

Referido critério também foi adotado pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 59/2008, art. 14.

Destarte, nenhuma ilegalidade há na decisão proferida.

Diante do exposto, indefere-se a presente Correição Parcial, cassando-se a liminar deferida.

Acesso ao Sumário

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0022331-43.2012.8.26.0361/50000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é embargante EUGÊNIO ANTÔNIO PINTO, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.383)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO MIDOLLA, OTÁVIO HENRIQUE e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Penal. Crime de posse irregular de arma de fogo ou munição, de uso restrito ou proibido. Lei nº 10.826/03, art. 16. Consoante Lei nº 10.826/03 e alterações posteriores, a conduta é atípica (descriminalização temporária) se praticada até 23.10.2005, após o que tornou a ser criminalizada. Ressalva de entendimento contrário do relator.

VOTO

Embargos Infringentes opostos por **EUGÊNIO ANTÔNIO PINTO** contra o V. Acórdão que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso ministerial para receber a denúncia.[1]

O recorrente postula que prevaleça o entendimento minoritário, qual seja: de que é atípica a conduta imputada.[2]

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

O recurso não merece, no meu entender, acolhida.

A respeito da questão aqui debatida, reitero meu entendimento inúmeras

1 Fls. 101-11.

2 Razões de recurso, fls. 115-23.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

vezes manifestado:

Em relação ao crime de posse irregular de arma de fogo ou de munição, sempre entendi tratar-se de conduta atípica, quando se tratasse de posse na residência ou no local de trabalho. Repetidas vezes tive oportunidade de reconhecer a inexistência de crime, nos termos da manifestação que tomo a liberdade de transcrever:

> Tendo em conta o advento da Lei nº 11.706/2008, que deu nova redação, dentre outros dispositivos, ao artigo 32 da Lei nº 10.826/2003, entendo que a conduta passou a ser atípica. Trata-se de caso típico de abolitio criminis.
>
> O citado dispositivo dispõe que os possuidores e proprietários de arma de fogo podem entregá-las à autoridade competente, a qualquer tempo, "ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma".
>
> Ora, se quem tem arma de fogo, de uso permitido ou proibido – isso pouco importa, porque a lei não faz distinção alguma – na residência ou no local de trabalho, pode licitamente entregá-la à autoridade competente a qualquer tempo, como prevê a lei, evidente que, até que o faça, não pode vir a responder pela prática do crime de posse irregular de arma de fogo, como, aliás, reiteradamente decidido pelos nossos tribunais na época em que, quando ainda vigorava a redação original do artigo 32, seu prazo era seguidamente prorrogado, o que aconteceu até a data do referendo popular previsto no artigo 35 da Lei nº 10.826/2003, ocorrido em 23/10/2005.
>
> Nesse sentido:
>
> Não se pode confundir "posse" irregular de arma de fogo com "porte" ilegal de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A "posse" consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O "porte", por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho.
>
> Os "prazos" a que se referem os "artigos 30, 31 e 32 da Lei nº 10.826/2003" só beneficiam os "possuidores" de arma de fogo, i. e., quem possui em sua residência ou emprego (v.g., art. 12, da Lei nº 10.826/03). Dessa maneira, até que finde tal prazo (hoje prorrogado até 23/6/2005 – consoante Medida Provisória nº 229/2004, de 18/12/2004), ninguém poderá ser preso ou processado por possuir (em casa ou no trabalho) uma arma de fogo.
>
> Doutrina recente fixada na egrégia Quinta Turma desta Corte vem entendendo que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro de arma (artigos 30, 31 e 32 da Lei nº 10.826/03), observa-se a descriminalização temporária exclusivamente em relação às condutas delituosas relativas à posse de arma de fogo de

Acesso ao Sumário

uso permitido, tal como descrito no artigo 12 da referida lei.

Os prazos concedidos nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento para que possuidores e proprietários de arma de fogo regularizem a situação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, por meio do registro ou entrega da arma à Polícia Federal, restringe-se às hipóteses de posse de arma, previstas nos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/2003, que não se confunde com o porte, previsto no art. 14 da citada norma. Precedentes.

Noutro turno, quanto à imputação do delito previsto no artigo 12 da Lei nº 10.826/03, afigura-se a atipicidade da conduta.

Dispõe o artigo 32 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), com a redação conferida pela Lei nº 11.706, de 19 de junho de 2008, que "Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma".

Assim, tenho para mim que a possibilidade dos proprietários de arma de fogo, o que, por óbvio, inclui as munições, entregar as mesmas à autoridade competente, a qualquer tempo, tornou suspensa a eficácia dos tipos incriminadores previstos nos artigos 12 e 16 do referido diploma legal, desde que caracterizada a posse irregular de arma de fogo e munições, excluído, portanto, o porte.

Imprescindível destacar que as condutas tipificadas nos artigos 12 e 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), contêm o mesmo elemento normativo, qual seja, a condição de serem perpetradas "em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

(...)

Não há crime, portanto, em relação à posse de arma de fogo e/ou munição para armas de fogo de uso proibido e permitido.

Como, no entanto, a douta maioria da C. 9ª Câmara de Direito Criminal sustenta entendimento no sentido da criminalização da conduta (em tese), proponho que seja mantido o recebimento de denúncia.

É que, tal como entende o eminente Desembargador SÉRGIO COELHO,[3]

Para que não fique sem registro, importa assinalar que não se pode reconhecer como atípica a conduta do apelante, mercê da benesse prevista no artigo 32 da Lei nº 10.826/2003, cujo prazo foi sucessivamente prorrogado, inicialmente pela Medida Provisória nº 174/04, e após pelas Leis 10.826/03, 11.118/05 e 11.191/05, até 23/10/2005. Ora, a partir de 24 de outubro de 2005, até 31 de dezembro de 2009, a *abolitio criminis* alcança somente a infração penal de **posse irregular de arma e munição de uso permitido**. De fato, a Medida Provisória nº 417/08, deu nova redação aos arts. 30 a 32 da Lei nº 10.826/03, prorrogando o prazo até 31 de dezembro de 2008, mas não mais abrangendo o crime previsto

3 Apelação nº 0015185-27.2012.8.26.0562, julgada em 26/6/2014.

no art. 16 do Estatuto do Desarmamento. Com a publicação da Lei nº 11.922/09, o prazo previsto no art. 30 do Estatuto do Desarmamento foi prorrogado até 31 de dezembro de 2009, no que tange exclusivamente à **posse de arma de fogo, acessórios e munição de uso permitido**.

Nesse sentido a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUTA DO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO PERPETRADA FORA DO PERÍODO DA *VACATIO LEGIS*. APLICAÇÃO DA EXEGESE DO ART. 30 DA LEI 11.826/2003. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. É considerada atípica a conduta relacionada ao crime de posse de arma de fogo, acessórios e munição, seja de uso permitido ou de uso restrito, incidindo a chamada *abolitio criminis* temporária nas duas hipóteses, se praticada no período compreendido entre 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005. Contudo, esse termo final foi prorrogado até 31 de dezembro de 2008 somente para os possuidores de armamento permitido (art. 12), nos termos da Medida Provisória nº 417 de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos arts. 30 a 32 da Lei nº 10.826/03, não mais albergando o delito previsto no art. 16 do Estatuto – posse de arma de fogo, acessórios e munição de uso proibido ou restrito.

2. Com a publicação da Lei nº 11.922, de 13 de abril de 2009, o prazo previsto no art. 30 do Estatuto do Desarmamento foi prorrogado para 31 de dezembro de 2009 no que se refere exclusivamente à posse de arma de uso permitido.

3. *In casu*, em se tratando de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, vislumbra-se que é típica a conduta atribuída ao paciente em relação ao art. 12 da Lei nº 10.826/03, pois não se encontra abarcada pela excepcional *vacatio legis* indireta prevista nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, tendo em vista que a busca efetuada na sua residência ocorreu em 1/7/2011.

4. O Decreto nº 7.473/11 e a Portaria nº 797/2011 não estenderam o prazo para a entrega de armas de uso permitido, nem poderiam fazê-lo, uma vez que ambas de hierarquia inferior à lei que estabeleceu mencionado prazo.

5. A presunção de boa-fé a que se referem tais normas restringe-se àquele que entregar espontaneamente sua arma à Polícia Federal, não abrangendo o possuidor ou proprietário que a mantiver ilegalmente em sua posse/propriedade.

6. Ordem denegada.

(STJ, 5º Turma, HC nº 226.239-MG, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 13/3/2012, publicado em DJe de 29/3/2012)

Acesso ao Sumário

Dele não discrepa o eminente Desembargador ROBERTO MIDOLLA, destacando este que:[4]

A princípio, a apreensão das armas de fogo e munições não caracterizaria crime, se cuidássemos de simples posse domiciliar até a data de 31 de dezembro de 2009, em circunstâncias tais que permitissem entender que o agente pretendia entrega-las à autoridade competente.

A Lei estabeleceu uma condição suspensiva para que os possuidores e proprietários de armas de fogo de uso permitido, proibido ou restrito, não registradas, pudessem obter o seu registro, desde que comprovada, por nota fiscal ou qualquer outro meio de prova em direito admitido, a origem lícita da posse.

O art. 32, por sua vez, possibilitou também, no mesmo prazo, a entrega à Polícia Federal de armas de fogo registradas ou não pelos seus possuidores e proprietários, desde que de forma espontânea e presumida a boa-fé.

Ocorre que em 17 de junho de 2004, a Lei nº 10.884 – na qual foi convertida a Medida Provisória nº 174 – determinou que o termo inicial da contagem do prazo de 180 dias para a solicitação de registro ou entrega do armamento, previsto nos artigos 29, 30 e 32, todos da Lei nº 10.826/03, seria a partir da publicação do decreto que os regulamentasse, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004.

Além disso, o referido prazo foi prorrogado até o dia 23 de junho de 2005, pela Lei nº 11.118, de 19 de maio de 2005, sobrevindo a Lei nº 11.191, de 10 de novembro de 2005, que adiou o término do prazo para 23 de outubro de 2005, o que possibilitou que as armas permitidas ou de uso restrito pudessem ser entregues até essa data sem a incidência da Lei nº 10.826/03. Posteriormente, ainda, a Medida Provisória nº 417, de 31 de janeiro de 2008, convertida na Lei nº 11.706, estendeu o prazo até 31 de dezembro de 2008, enquanto que a Lei nº 11.922/2009, por seu turno, o dilatou até 31 de dezembro daquele mesmo ano (2009):

Art. 20. Ficam prorrogados para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Com isso, os possuidores e proprietários de armas de fogo de fabricação nacional, de uso permitido e não registradas, poderiam solicitar o registro até o dia 31 de dezembro de 2009, comprovando a origem lícita da posse, na forma que fosse definida em regulamento, bem como, se fosse o caso, o porte regular de arma de fogo.

Temos agora, para reforçar esse entendimento, recente julgado do C. Supremo Tribunal Federal, de que trata o informativo nº 740, referente ao Recurso Extraordinário nº 768.494-GO, relator o Min. LUIZ FUX, que deixou bem clara a conduta do possuidor de arma de fogo como típica fora do período da *vacatio legis* que, nos termos da Lei nº 11.922/2009,

4 Apelação nº 0096793-94.2013.8.26.0050.

Acesso ao Sumário

cuja vigência se deu a partir de 14 de abril de 2009, tornou a prolongar o prazo para registro, até 31 de dezembro de 2009, onde ficou bem claro também que a *vacatio legis* temporária não tem efeito retroativo.

Com efeito, confira-se o que constou do referido julgado:

RE Nº 768.494-GO – RELATOR: MIN. LUIZ FUX – EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 543-B DO CPC. REPERCUSSÃO GERAL. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI Nº 10.826/03). CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 417/2008. NATUREZA JURÍDICA. APLICABILIDADE AOS FATOS PRATICADOS NO PERÍODO EM QUE VEDADO O REGISTRO DA ARMA DE FOGO. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IRRETROATIVIDADE. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. O Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03) favoreceu os possuidores e proprietários de arma de fogo com duas medidas: (i) permitiu o registro da arma de fogo (art. 30) ou a sua renovação (art. 5º, § 3º); e (ii) facultou a entrega espontânea da arma de fogo à autoridade competente (art. 32).

2. A sucessão legislativa prorrogou diversas vezes o prazo para as referidas medidas, a saber: (i) o Estatuto do Desarmamento, cuja publicação ocorreu em 23 de dezembro de 2003, permitiu aos proprietários e possuidores de armas de fogo tanto a solicitação do registro quanto a entrega das armas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após a publicação do diploma; (ii) após a edição das Leis 10.884/2004, 11.119/2005 e 11.191/2005, o prazo final para solicitação do registro de arma de fogo foi prorrogado para 23 de junho de 2005, enquanto o termo final para a entrega das armas foi fixado em 23 de outubro de 2005; (iii) a Medida Provisória nº 417 (convertida, posteriormente, na Lei nº 11.706/08), cuja publicação ocorreu em 31 de janeiro de 2008, alargou o prazo para registro de arma de fogo até a data de 31 de dezembro de 2008, bem como permitiu, *sine die*, a entrega espontânea de arma de fogo como causa da extinção da punibilidade; (iv) por fim, a Lei nº 11.922/2009, cuja vigência se deu a partir de 14 de abril de 2009, tornou a prolongar o prazo para registro, até 31 de dezembro de 2009.

3. A construção jurisprudencial e doutrinária, conquanto inexistente previsão explícita de *abolitio criminis*, ou mesmo de que a eficácia do delito previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento estaria suspensa temporariamente, formou-se no sentido de que, durante o prazo assinalado em lei, haveria presunção de que o possuidor de arma de fogo irregular providenciaria a normalização do seu registro (art. 30).

4. O art. 12 do Estatuto do Desarmamento, que prevê o crime de posse de arma de fogo de uso permitido, passou a ter plena vigência ao encerrar-se o interstício no qual o legislador permitiu a regularização das armas

Acesso ao Sumário

(até 23 de junho de 2005, conforme disposto na Medida Provisória nº 253, convertida na Lei nº 11.191/2005), mas a Medida Provisória nº 417, em 31 de janeiro de 2008, reabriu o prazo para regularização até 31 de dezembro do mesmo ano.

5. No caso *sub judice*, a *vexata quaestio* gira em torno da aplicabilidade retroativa da Medida Provisória nº 417 aos fatos anteriores a 31 de janeiro de 2008, à luz do art. 5º, XL, da Constituição, que consagra a retroatividade da *lex mitior*, cabendo idêntico questionamento sobre a retroeficácia da Lei nª 11.922/2009 em relação aos fatos ocorridos entre 1º de janeiro de 2009 e 13 de abril do mesmo ano.

6. Consectariamente, é preciso definir se a novel legislação deve ser considerada *abolitio criminis* temporária do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, caso em que impor-se-ia a sua eficácia retro-operante.

7. O possuidor de arma de fogo, no período em que vedada a regularização do registro desta, pratica conduta típica, ilícita e culpável, porquanto cogitável a atipicidade apenas quando possível presumir que o agente providenciaria em tempo hábil a referida regularização, à míngua de referência expressa, no Estatuto do Desarmamento e nas normas que o alteraram, da configuração de *abolitio criminis*.

8. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, verbis: "I – A *vacatio legis* de 180 dias prevista nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003, com a redação conferida pela Lei 11.706/2008, não tornou atípica a conduta de posse ilegal de arma de uso restrito. II – Assim, não há falar em *abolitio criminis*, pois a nova lei apenas estabeleceu um período de *vacatio legis* para que os possuidores de arma de fogo de uso permitido pudessem proceder à sua regularização ou à sua entrega mediante indenização. III – Ainda que assim não fosse, a referida *vacatio legis* não tem o condão de retroagir, justamente por conta de sua eficácia temporária" (RHC 111637, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5//6/2012). Em idêntico sentido: HC 96168, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 9/12/2008.

9. O Pretório Excelso, pelos mesmos fundamentos, também fixou entendimento pela irretroatividade do Estatuto do Desarmamento em relação aos delitos de posse de arma de fogo cometidos antes da sua vigência (HC 98180, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 29/6/2010; HC 90995, Relator Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 12/2/2008.

E veio compor a maioria, contrária ao meu entendimento acerca da matéria o igualmente eminente Desembargador Roberto Solimene.

Por isso, embora não convencido do desacerto de minha posição, reconheço estar vencido pela ilustre e ilustrada maioria, a cujo entendimento me curvo, de molde a evitar a prolação de decisões conflitantes pelo mesmo órgão jurisdicional, a depender exclusivamente da composição da E. Turma Julgadora.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

A *alea* não deve influir, assim tão escancaradamente, no desfecho de uma causa judicial.

Nada há, assim, a reparar na r. decisão recorrida.

Destarte, pelo meu voto, proponho que sejam rejeitados os presentes embargos infringentes.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0042741-70.2014.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é paciente I.M.I.A., Impetrantes RODRIGO NASCIMENTO DALL´ACQUA e DANIEL KIGNEL.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem impetrada para o trancamento da ação penal. VU.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator.

Ementa: HABEAS CORPUS – DENÚNCIA INEPTA – DIFICULDADE DE DEFESA – TRANCAMENTO DA AÇÃO – ADMISSIBILIDADE – A denúncia genérica, que não individualiza as condutas quando é necessário, fere o contraditório e impossibilita o exercício da defesa – Ordem concedida para ser reconhecida a inépcia da denúncia e, em consequência, para o trancamento da ação penal.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados Rodrigo Nascimento Dall'Acqua e Daniel Kignel em favor de **I.M.I.A.**, alegando estar a paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte da MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santo André/SP.

Esclarecem que a paciente foi denunciada, juntamente com V.C.S.V. e J.M.J., como incursa no artigo 121, § 3º, do Código Penal, por suposto erro médico cometido em parto realizado no Hospital (...), o que teria ocasionado consequências para o bebê, com o posterior falecimento dele cerca de sete meses depois do nascimento.

Relatam, ainda, que o Ministério Público requereu o arquivamento do inquérito policial, ocasião em que a autoridade coatora determinou a redistribuição à Procuradoria Geral de Justiça para oferecimento de denúncia, que assim o fez.

Por entenderem ser a peça acusatória inepta, eis que se utiliza de termos genéricos, não individualizando a conduta da paciente, pleiteiam a concessão da ordem para o trancamento da ação penal.

Após, o impetrante, mediante petição (fls. 191/193), postulou a concessão de liminar para suspender o prazo para apresentação de resposta à acusação, o que restou prejudicada, vez que, em consulta ao sítio eletrônico desta Corte Bandeirante, já houve a juntada da defesa prévia.

Prestadas as informações pela MM. Autoridade apontada como Coatora (fls. 178), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 183/187 e 212).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

Conforme descreve a denúncia, A.S.S., grávida de 39 semanas, dirigiu-se ao Hospital (...), no dia 24 de novembro de 2011, para buscar atendimento médico, após sentir fortes dores abdominais. No local, a equipe médica informou que ela ainda não estava em trabalho de parto, bem como não existiam vagas para a parturiente naquele momento, orientando-a a voltar para casa. Assim, no dia seguinte, a gestante retornou ao nosocômio, onde foi realizado o parto.

Consta, ainda, que a parturiente avisou à equipe do hospital a recomendação, pelo seu médico particular, de realização de parto cesárea, contudo, a equipe efetuou o parto "normal", inclusive com o uso de fórceps. Ademais, relata que A. ficou quase 24 horas aguardando com dores até ser encaminhada para a sala de parto.

Como supostas consequências da operação médica, o filho de A. nasceu com paralisia cerebral, epilepsia e constantes crises convulsivas, bem como teve alta do hospital com gastrostomia, necessitando de sonda para alimentar-se e cilindro de oxigênio, disponibilizado pelo estabelecimento.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Por fim, em 13.07.2012, com 07 meses de vida, o filho de A. veio a óbito, "*devido a choque séptico, insuficiência respiratória aguda, pneumonia e encefalopatia hipóxico-isquêmico (fls. 30)*" (fls. 180).

Dessa forma, foi oferecida a denúncia contra I.M.I.A., V.C.S.V. e J.M.J. como incursos no artigo 121, § 3º, do Código Penal, alegando que estes profissionais agiram com negligência, provocando a morte do bebê em virtude das lesões ocasionadas no parto.

De fato, a peça acusatória é inepta.

Com efeito, a denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, deve conter "*a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas*."

Todavia, do que se colhe da leitura da peça inicial do Ministério Público, verifica-se que efetivamente não há imputação certa da forma de colaboração dos denunciados para o crime imputado, não sendo realizada a individualização das condutas de cada médico.

Outrossim, não há qualquer referência sobre as funções que cada um exercia no hospital, à época do parto de A., além de os nomes deles sequer serem citados na descrição fática.

Da leitura da denúncia, o que se infere é que os médicos estão sendo acusados simplesmente por serem funcionários do hospital, pois não consta qual deles determinou o retorno de A. para casa, a realização do parto "normal" ou a utilização do fórceps.

Nota-se que o *Parquet* empregou termos genéricos para imputar o crime de homicídio culposo aos acusados, tais como, "*a equipe médica*", "*aconselharam*", "*a equipe do hospital*", "*profissionais responsáveis pelo atendimento da A. e do parto*", etc. (fls. 179/181), gerando prejuízos à defesa da acusada, sobretudo no que se refere ao exercício do contraditório, vez que a ré deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não da classificação jurídica atribuída na denúncia, padecendo, pois, a ação penal de vício insanável que impede sua continuidade.

Portanto, não se tendo indicação certa da forma como teria a paciente I. colaborado para o crime, a denúncia não preenche, minimamente, a condição de exposição do fato criminoso a ela imputado, impossibilitando-lhe o exercício da defesa, sendo, de rigor, o reconhecimento da inépcia da inicial acusatória, nos termos do artigo 395, inciso I, c/c o artigo 41, ambos do Código de Processo Penal, e atos processuais subsequentes.

A propósito, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci e, também, de Pedro Henrique Demercian:

Acesso ao Sumário

"Como regra, tanto a denúncia quanto a queixa precisam conter minuciosamente descrita a imputação formulada contra alguém, possibilitando, pois o exercício do contraditório e da ampla defesa. Além disso, quando houver mais de um acusado, é preciso que a acusação indique, com precisão, o que cada um deles realizou, evitando-se a denominada denúncia (ou queixa) genérica. A descrição imprecisa e vaga, sem haver necessidade, torna a denúncia ou queixa inepta." (Nucci, Guilherme de Souza – Manual de processo penal e execução penal – 11º ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2014, pág. 172).

"A descrição 'alternativa' ou 'deficiente' do fato delituoso representa, por si só, lesão ao contraditório. O acusado não pode exercer na sua amplitude o seu direito de defesa se a própria acusação não é clara e bem definida. A ação penal iniciada nesses moldes é nula de pleno direito e o defeito insanável e improrrogável da peça acusatória pode ser reconhecido, a qualquer tempo, através do pedido de ordem de 'habeas corpus', acarretando a nulidade de todos os atos subsequentes que com ela guardem relação (art. 573, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal)." (Demercian, Pedro Henrique e outro – Curso de processo penal – 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, pág. 117).

Do mesmo modo, tal é o posicionamento adotado pelas duas turmas criminais do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME MILITAR. INICIAL ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE MINIMAMENTE A CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que o trancamento da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia é medida de exceção.

2. Não descrevendo a denúncia o modo de colaboração das recorrentes para o crime, sem sequer mencionar seus nomes na descrição fática, não se tem por atendidos os requisitos do art. 41 do CPP, com prejuízo direto ao exercício da defesa das recorrentes, sendo reconhecida a inépcia da inicial acusatória, com nulidade dos atos processuais subsequentes.

3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para o fim de trancar a ação penal com relação às recorrentes, sem prejuízo de que outra seja elaborada com o cumprimento dos ditames legais." (RHC 48348/BA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, S.T.J., T6, julgado em 19.08.2014, DJe 02.09.2014 – destaquei em negrito).

"RECURSO EM 'HABEAS CORPUS'. QUADRILHA, DESVIO

Acesso ao Sumário

DE RECURSOS PÚBLICOS E CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA GENÉRICA QUE NÃO NARRA SATISFATORIAMENTE A CONDUTA IMPUTADA AO RECORRENTE. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DO RECORRENTE COM OS SUPOSTOS FATOS DELITUOSOS. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES.

1. A denúncia que não descreve comportamento típico e que nem sequer não narra satisfatoriamente quais seriam os atos praticados pelo agente nos preparativos para as ações delitivas implica a inobservância ao art. 41, do CPP, pois impossibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório, impondo o trancamento do processo por inépcia da inicial.

2. Recurso em 'habeas corpus' provido para declarar a deficiência formal da denúncia e determinar o trancamento da Ação Penal n.º 2009.82.00.000191-1, em trâmite no Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba." (RHC 47244/PB, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, S.T.J., T5, julgado em 10.06.2014, DJe 17.06.2014 – destaquei em negrito).

Assim também já decidiu esta Corte Bandeirante:

"HABEAS CORPUS – AÇÃO PENAL – CRIME AMBIENTAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – ANULAÇÃO DO PROCESSO – Necessidade: ***A denúncia genérica, que não individualiza as condutas, quando é necessário, impede o exercício da defesa****. Ordem concedida para ser reconhecida a inépcia da denúncia, e, em consequente o trancamento da ação penal, ressalvado ao Ministério Público a oportunidade de apresentar nova denúncia."* (TJSP, *Habeas Corpus* nº 2071185-16.2013.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. J. Martins, j. em 27.03.2014 – destaquei em negrito).

Acesso ao Sumário

Desse modo, demonstrado que a denúncia carece de elemento essencial para o exercício da defesa, eis que não individualizou as condutas da acusada, imperioso o reconhecimento da inépcia da peça acusatória e, consequentemente, o trancamento da ação penal nº 0020747-41.2012.8.26.0554, que tramita perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Santo André/SP.

3) CONCLUSÃO

Ante o exposto, pelo meu voto, concedo a ordem impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2004110-86.2015.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é paciente ALESSANDRA BONILHA GONÇALVES e Impetrante ISAIAS MENDES.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para cassar a decisão que indeferiu a produção de prova pericial, determinando-se, desde logo, a realização da diligência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.746)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 25 de março de 2015.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Habeas Corpus. Indeferimento de prova pericial. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Afastado o entendimento de que desnecessária a produção da prova em face de evidente adulteração das imagens gravadas de acidente de trânsito. Ordem concedida.

VOTO

O advogado Isaías Mendes impetra "habeas corpus", com pedido de liminar, em favor de Alessandra Bonilha Gonçalves e aponta como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí.

Alega que a paciente sofre constrangimento ilegal, pois, por decisão carente de fundamentação válida, indeferido pedido de produção de prova pericial essencial à defesa de Alessandra na ação penal em que denunciada por homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor. Assim, postula que se determine a realização de perícia em mídia digital contendo imagens do acidente.

A liminar foi deferida para sobrestar o andamento do feito (fl. 289).

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 293/297) e juntada documentação pertinente, a D. Procuradoria da Justiça opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

Por fatos ocorridos em 03 de maio de 2011, a paciente foi denunciada como incursa nas penas do art. 302, "caput", e art. 303, "caput", ambos do Código de Trânsito Brasileiro, pois, na condução de veículo automotor, teria

Acesso ao Sumário

efetuado manobra temerária, abalroando a motocicleta ocupada por Rodrigo de Souza e Saraita Montoia de Souza. O impacto fez com que as vítimas fossem arremessadas ao solo. Rodrigo, em decorrência dos ferimentos provocados, veio a falecer. Saraita sofreu lesões corporais (fls. 299/305).

A inicial acusatória foi recebida em 15.08.2012 (fls. 307/308). Em defesa preliminar, postulada a absolvição, sustentando-se a ausência de culpa, e requerida a realização de perícia em "CD" que conteria imagens do acidente, captadas por câmeras de segurança existentes no local dos fatos (fl. 315).

Em audiência de 24 de março de 2014, a Magistrada determinou a expedição de ofício à autoridade policial para a elaboração da prova técnica requerida pela defesa (fls. 327/328).

Em 25.03.2014, porém, a autoridade impetrada reconsiderou a decisão, sob o fundamento de que "a gravação encontra-se incompleta ou foi editada", o que tornaria inviáveis os trabalhos periciais. Na mesma oportunidade, ordenou a juntada da gravação integral (fl. 329).

Por fim, em 03.09.2014, o Juízo tido como coator indeferiu a produção da prova pericial, aduzindo que as imagens gravadas apresentariam "visíveis sinais de adulteração, os quais podem ser notados por qualquer pessoa. Assim, a submissão da mídia à análise de perito mostraria-se medida procrastinatória e prescindível, pois apenas delongaria o encerramento da instrução probatória para constatação de resultado pericial desde já verificado" (fl. 333).

Diante disso, patente o cerceamento de defesa.

É certo que cabe ao juiz presidir o feito e decidir sobre a necessidade de produção de prova requerida. Nesse passo, o não acolhimento de pedido de perícia não constitui, por si só, causa de nulidade do processo por cerceamento de defesa.

Na hipótese, contudo, forçoso convir que o requerimento objetiva a apuração da verdade real, escopo maior do processo penal, e o indeferimento da medida representou significativo obstáculo ao exercício da garantia constitucional da ampla defesa.

Ora, o teor da decisão impugnada, que categoricamente concluiu pela adulteração das gravações, não fez mais do que reafirmar a imprescindibilidade da perícia, em face da controvérsia que se instalou acerca da idoneidade das imagens.

Por fim, oportuno salientar que, no âmbito de ação cível de reparação de danos e por força de liminar em agravo de instrumento, reputada possível a realização da prova pericial, não obstante eventuais sinais de adulteração da mídia (fl. 10).

Nesse contexto, configurado o cerceamento de defesa, de rigor a cassação do ato que motivou a impetração do remédio constitucional.

Acesso ao Sumário

Frente ao exposto, concede-se a ordem para cassar a decisão que indeferiu a produção de prova pericial, determinando-se, desde logo, a realização da diligência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0003132-46.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante/paciente GILMAR SANTOS DA SILVA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto **19.624**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA TEREZA DO AMARAL (Presidente), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 4 de março de 2015.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: HABEAS CORPUS – RÉU CONDENADO EM REGIME FECHADO E MANTIDO EM CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

ORDEM CONCEDIDA.

VOTO

GILMAR SANTOS DA SILVA impetra em seu favor *habeas corpus, com pedido de liminar*, alegando que sofre constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da Vara das Execuções Criminais da Comarca de SÃO PAULO, nos autos da Execução Penal nº 865.504.

Acesso ao Sumário

Em petição manuscrita, alega o paciente que, embora esteja definitivamente condenado, permanece recolhido no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, local inadequado ao cumprimento de pena.

Afirma, ainda, que está sendo impedido de usufruir de benefícios relativos á execução penal.

Postula a concessão da ordem, para que seja transferido para estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida (fls. 09).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 13), com cópias dos respectivos autos (fls. 15/25), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 27/31).

É o relatório.

Segundo informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau, o paciente cumpre pena em regime fechado, estando o término do cumprimento previsto para o dia 20 de julho de 2017.

Informou, ainda, que há pedido de progressão ao regime semiaberto em andamento, aguardando a vinda de cópia integral de sindicância referente à falta disciplinar cometida em 11 de fevereiro de 2014.

De acordo com informações mais recentes, extraídas dos registros eletrônicos desta Corte, o paciente permanece recolhido no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros II.

Com efeito, os Centros de Detenção são destinados à guarda de presos provisórios, sendo inadequados ao cumprimento de pena.

Considerando-se que até a presente data o paciente não foi removido a estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de sua pena, patente o constrangimento ilegal por excesso ou "desvio na execução", visto que, conforme mencionado na inicial, está ele tolhido de obter acesso aos benefícios assegurados pela LEP, "tais como remição da pena, acesso a assistência educacional e social, participação em cultos religiosos, acesso adequado a atendimento médico, odontológico e farmacêutico", estando impedido, assim, de vivenciar e assimilar a terapêutica penal.

Diante do exposto, concede-se a ordem, determinando-se ***a imediata remoção*** do paciente GILMAR SANTOS DA SILVA para estabelecimento adequado ao cumprimento de pena em regime fechado.

Comunique-se.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2117026-97.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

VANESSA SALES LUIZ, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DO DIPO 5.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Denegaram a segurança. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 2746)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente), FERNANDO SIMÃO e IVANA DAVID.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – AS INFORMAÇÕES RELATIVAS A INQUÉRITO E PROCESSO CRIMINAL NÃO SÃO INDELÉVEIS – EVENTUAL DESRESPEITO AO SIGILO DETERMINADO POR LEI DÃO ENSEJO A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL, ADMINISTRATIVA E CRIMINAL, CONTUDO NÃO AUTORIZA A EXCLUSÃO DO REGISTRO DA VIDA PREGRESSA DO IMPETRANTE – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por VANESSA SALES LUIZ, apontando-se como autoridade coatora o Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária, aduzindo a ilegalidade da r. decisão que teria deferido, em parte, o pedido de exclusão total dos registros constantes em seu nome junto ao banco de dados do Instituto Identificação Ricardo Gumbleton Daunt relativos ao Inquérito Policial n° 566/2.007, arquivado, tão somente para decretar o sigilo de tais informações.

Indeferida a liminar, foi determinado à impetrante a regularização do feito, o que foi cumprido a fls. 80/84, sendo declarada írrita a decisão de fls. 53/57, que havia denegado a segurança nos termos do art. 6°, § 5°, da Lei n° 12.016, de 7 de agosto de 2.009, em razão de falha na intimação da impetrante.

Prestadas informações pela douta autoridade indicada como coatora a fls. 82/84.

Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 89/97 manifestando-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.

A segurança deve ser **denegada**.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

Conforme orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, os registros, de regra, existem para a comprovação de fatos e situações jurídicas de interesse particular e também público.

No caso em exame, os registros dizem respeito à prática de delito e consequente decisão judicial, que rejeitou a pretensão do impetrante de vê-los excluídos.

A Constituição Federal, no inciso X, do seu artigo 5°, garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Contudo, o direito à reserva da intimidade e da vida privada consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano[1].

A simples existência do registro e de informações relacionados com o processo do impetrante não fere o direito constitucional à reserva de sua intimidade e de sua vida privada.

O que viola esse direito é a divulgação indevida desse registro e dessas informações.

Por isso, a lei autoriza que, em determinados casos, se guarde sigilo a respeito desse registro e dessas informações.

A lei, contudo, não autoriza a exclusão, apenas determina que se observe sigilo sobre esses dados, preservando, com isso, o direito constitucional à reserva da intimidade e da vida privada da pessoa.

Com efeito, o artigo 93, *caput*, do Código Penal, assegura ao condenado reabilitado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação.

O artigo 748 do Código de Processo Penal, na mesma esteira, determina que a condenação ou condenações anteriores do reabilitado não serão mencionadas na folha de antecedentes, nem em certidão extraída dos livros do juízo, ressalvando a hipótese de requisição judicial.

O artigo 202 da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1.984, por fim, dispõe que, depois de cumprida ou extinta a pena, "*não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei*".

Esse dispositivo legal, por interpretação extensiva, também se aplica aos processos em que resulta a absolvição do réu.

Acesso ao Sumário

1 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, 2° Volume, Editora Saraiva, 1989, pág. 63.

Neste sentido:

"*De toda lógica a afirmação de que não devem também constar das folhas corridas e certidões referências às ações penais encerradas com a absolvição do réu. A proibição da informação relativa ao processo com absolvição é extraída do art. 202 da Lei de Execução Penal, por interpretação extensiva, em virtude dos conhecidos princípios* ubi eadern ratio, ibi eadem legis dispositio e favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda"[2]

Vê-se, pois, que, em nenhum caso, a lei determina o cancelamento ou a exclusão de registros ou informações a respeito de processos na Instituição Policial e no Poder Judiciário, pelo contrário, ela deixa entendida a necessidade de manutenção desses dados para possibilitar o fornecimento deles na hipótese de requisição judicial e em outros casos expressos na legislação.

O registro histórico do processo e das informações relativas a ele não pode ser cancelado, apagado ou eliminado dos assentamentos das repartições policiais e do Poder Judiciário, pois é necessário para a preservação da memória histórica da Administração Pública, que exige que seus arquivos sejam completos e fidedignos, a fim de que se saiba tudo que nela tramitou.

Atualmente, com a informatização das repartições públicas, imprimindo maior agilidade e eficiência aos serviços da Polícia e do Judiciário, os registros e informações a respeito de processos são lançados no computador, os quais podem ser protegidos com a utilização de códigos de modo a torná-los inacessíveis ao público, tendo acesso a eles apenas funcionários autorizados.

O cancelamento ou exclusão desses dados no computador tornariam incompletos os lançamentos, impossibilitando o fornecimento de informações fidedignas na hipótese de requisição judicial e em outros casos previstos em lei, como para fins de concurso publico.

Eventual concessão da segurança teria, como efeito marginal, o comprometimento das informações que compõem o banco de dados de interesse público acerca da vida pregressa de indivíduos supostamente envolvidos com práticas delituosas, tornando-o omisso, falho e retirando-lhe a credibilidade.

Neste sentido, confira-se precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELITO DE TRÂNSITO. EXCLUSÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A INQUÉRITO POLICIAL E AÇÃO PENAL, NO QUAL FOI DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE, DO BANCO DE DADOS DE INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. As informações relativas a inquérito e processo criminal (no qual foi

2 Julio Fabbrini Mirabete (EXECUÇÃO PENAL, Atlas, 9 Edição, pág. 694).

Acesso ao Sumário

declarada extinta a punibilidade) não podem ser excluídas do banco de dados do instituto de identificação, porque fazem parte da história de vida do agente e, assim, devem ser mantidas *ad aeternum*.

2. Aos recorrentes assiste o direito somente ao sigilo das informações, as quais só podem ser fornecidas mediante requisição judicial. Os registros, de regra, existem para a comprovação de fatos e situações jurídicas de interesse particular e também público. Tornam públicas tais relações jurídicas.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança ao qual se nega provimento.

(RMS 19.153/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010)

Os registros cuja exclusão se pretende são, em verdade, documentações de relações sociais às quais a lei atribui relevância jurídica e, justamente por essa razão, são indeléveis, ainda mais quando a causa remota de pedir se traduz em mera veleidade do impetrante, como é o que ocorre na espécie.

São fartos no ordenamento jurídico exemplos da importância da manutenção de registros individuais que os tornam verdadeiro patrimônio social, não disponível pela mera vontade do indivíduo: art. 8º, inciso VI, e § 4º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1.994; art. 12, inciso II, alínea *a*, art. 73, § 1º, inciso II, art. 119, inciso II, art. 120, § 1º, inciso III, art. 235, inciso III, e art. 235, inciso V, alínea *b*, todos da Constituição da República.

Não se trata, aqui, de permitir acesso indiscriminado e imotivado de informações sigilosas e que só interessam quando requisitadas por ordem judicial, pois se ocorrer vazamento desses registros e isso ficar provado, impõe-se a responsabilização, como de direito, de quem os tenha divulgado.

Se o impetrante entende que os dados sigilosos que pertinem à sua vida pregressa têm sido indevidamente publicados, deverá buscar as medidas judiciais cabíveis junto aos institutos responsáveis pela manutenção do sigilo das informações, e não a deleção permanente dos registros de interesse público, direito este que o impetrante não ostenta.

Ante o exposto, DENEGO a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2026883-28.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

REINALDO ALEIXANDRINO, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL VI - PENHA DE FRANÇA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.593)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 5 de março de 2015

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pedido de assistência judiciária gratuita – Previsão legal de recurso específico para impugnar seu indeferimento (apelação), com efeito suspensivo, nos termos do art. 17 da Lei nº 1.060/50 – Hipótese que exclui o cabimento de mandado de segurança, conforme disposto no art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09 – Súmulas 267 e 268 do C. STF – Apelação, ademais, já interposta – Exigência, porém, pelo Juízo, do recolhimento de custas de preparo, sob pena de deserção do recurso – Impossibilidade – Expressa previsão de efeito suspensivo para o recurso em tela, que ficaria frustrado se a apelação fosse julgada deserta por falta de preparo – Segurança parcialmente concedida, tão somente para determinar o recebimento e processamento da apelação, desde que tempestiva, independentemente do recolhimento prévio das custas.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Reinaldo Aleixandrino, contra ato do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional da Penha de França (Processo nº 0006808-18.2014.8.26.0006), consistente no indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita (fls. 12).

Sustenta o impetrante que apresentou ao Juízo impetrado declaração de pobreza e declaração de isenção de Imposto de Renda (fls. 02), comprovando que não possui meios de arcar com as custas judiciais. Alega que foi desrespeitado o disposto na Lei nº 1.060/1950, no art. 5º, LXXIV e na Lei nº 7.115/83. Afirma que, conforme os dispositivos legais, basta a declaração de pobreza, assinada

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

pelo próprio beneficiário, para a concessão da justiça gratuita. Aduz que a fixação das custas processuais em 25 UFESP é ilegal e abusiva, visto que o impetrante não possui bens. Assevera que referido ato impede o impetrante, que está advogando em causa própria, de exercer o seu direito. Requer que seja concedido "o direito de acesso à Justiça" (fls. 09).

Parcialmente deferida a medida liminar (fls. 15/16), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 22/23).

Veio petição do impetrante insistindo no pleito (fls. 84/85).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 89/91).

É o relatório.

Informou a autoridade apontada como coatora (fls. 22/23):

"O impetrante, em causa própria, ajuizou Queixa-Crime, tendo este Juízo determinado em 10/10/2014, que recolhesse as custas, no prazo de 10 (dez) dias. O impetrante deixou de recolher as custas e requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita, tendo juntado aos autos declaração de pobreza (fls. 12) e certidão de rendimentos isentos e não tributáveis (fls. 13/14). Este Juízo determinou que o impetrante recolhesse as custas devidas, pela não comprovação de sua hipossuficiência econômica, tendo ele requerido que fosse oficiado à Receita Federal do Brasil para que fornecesse declaração de imposto de renda dos últimos 5 anos, pedido este indeferido por este Juízo a fls. 24. Ainda, foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para recolhimento das custas ou juntada das 3 (três) últimas declarações de imposto de renda, vez que até então os documentos juntados se referiam à Nota Fiscal Paulista. Decorrido o prazo de 10 (dez) dias, o impetrante não se manifestou (fls. 26). Em razão disso, foi proferida decisão de indeferimento do pedido de justiça gratuita. [...] A seguir, o impetrante interpôs recurso de apelação e foi determinada a intimação do impetrante para recolhimento do preparo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção (fls. 38). O impetrante juntou aos autos declaração de isento do imposto de renda e requereu o encaminhamento dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 41-42), tendo sido determinado novamente o recolhimento das custas no prazo improrrogável de 3 (três) dias, sob pena de deserção (fls. 43)"

No caso em tela, a MM. Juíza *a quo* entendeu não evidenciada a alegada hipossuficiência e indeferiu o pleito de assistência judiciária gratuita, exigindo, na sequência, o recolhimento de custas de preparo para processamento do recurso de apelação interposto a respeito, sob pena de deserção.

No presente *mandamus*, o impetrante enuncia sua insurgência, almejando que o benefício assistencial lhe seja concedido.

Todavia, não se pode olvidar o disposto no art. 17 da Lei nº 1.060/50:

"Art. 17. Caberá apelação das decisões proferidas em consequência

Acesso ao Sumário

da aplicação desta lei; a apelação será recebida somente no efeito devolutivo quando a sentença conceder o pedido".

Percebe-se, pois, que, tratando-se de decisão que não concedeu o pedido de assistência judiciária gratuita, está, à luz da letra legal, previsto o cabimento de apelação com efeito suspensivo. E, segundo consta das informações prestadas, tal recurso já foi, inclusive, interposto.

Assim, a decisão judicial pela qual indeferido o benefício está sujeita a recurso próprio e específico, dotado de efeito suspensivo, como expressamente previsto no art. 17 da Lei nº 1.060/50, hipótese em que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009, "*não se concederá mandado de segurança*".

Oportuno, nesse diapasão, citar escólio jurisprudencial emanado do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Processual – Mandado de Segurança – Ato judicial – Recurso ordinário não interposto – O mandado de segurança contra ato processual pressupõe a existência de recurso ordinário, sem feito suspensivo, contra o ato objeto da impetração – Admitir que o mandado de segurança substitua recurso não interposto é fazer imprestável o instituto da preclusão que possibilita o tratamento igualitário das partes, no processo" (REsp. nº 149.627, 1ª Turma, Rel. Min. Humbero Gomes de Barros, v.u., j. 09/12/97, DJU 29/06/98).

Como se não bastasse, o próprio C. Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito da inviabilidade de se pretender utilizar o remédio excepcional em tela como substituto da modalidade recursal apropriada, cristalizando seu entendimento na respectiva Súmula nº 267:

"Súmula nº 267: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Quanto ao pedido de concessão da gratuidade, diretamente por este Tribunal, não merece, enfim, ser conhecido o *mandamus*, porquanto vedado seu emprego como sucedâneo de recurso específico previsto em lei.

Contudo, como visto, constou das informações que o impetrante efetivamente interpôs recurso de apelação, mas o Juízo determinou o recolhimento das custas, sob pena de deserção.

Mas também já se demonstrou que a lei traz, expressamente, a determinação de que a apelação contra o indeferimento do pedido de gratuidade processual dispõe de efeito suspensivo.

Destarte, interposto o apelo para se reverter decisão que indeferiu a benesse e sendo ele dotado de efeito suspensivo, não há como se exigir qualquer pagamento a título de preparo, pois a questão permanece *sub judice*. Ou seja, formular tal exigência, sob pena de deserção (como ocorreu *in casu*), implica negar vigência, na prática, ao efeito suspensivo legalmente previsto.

Acesso ao Sumário

Assim, o recurso deve ser processado, independentemente do recolhimento prévio de qualquer valor.

Diante do exposto, **concedo parcialmente a segurança**, tão somente para determinar o recebimento e processamento da apelação, desde que tempestiva, independentemente do recolhimento prévio das custas de preparo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2005185-63.2015.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante LEANDRO SILVA RAMOS, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE ARAÇATUBA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "concederam a segurança impetrada por Leandro Silva Ramos a fim de garantir-lhe o direito de receber visita de sua irmã menor I.S.R., acompanhada da mãe, no estabelecimento prisional em que se encontrar recluso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 18 de março de 2015.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Direito do reeducando receber visita da irmã menor na unidade prisional – Restrição estabelecida pelo art. 112 da Resolução SAP nº 144/2010 – RESTRIÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – Dispõe o art. 41, inc. X, da LEP, que constitui direito do preso a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos e dias determinados, não cabendo à autoridade administrativa impor restrições ou mitigar direitos previstos em lei.

Segurança concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Leandro Silva Ramos,

Acesso ao Sumário

contra ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba que indeferiu pedido para ingresso de sua irmã no presídio em que se encontra, sob o argumento de que a matéria em questão é de cunho estritamente administrativo.

Sustenta que o impetrante está preso na Penitenciária Nestor Canoa, de Mirandópolis. Diante da recusa do Diretor da Penitenciária em permitir que o filho do sentenciado (G.L.R.) e sua irmã (I.S.R.) o visitassem, foi elaborado pedido judicial para o deferimento do pleito, ante as autorizações fornecidas pelas genitoras das crianças, sendo que nas visitas seriam acompanhadas pela avó e pela mãe (Sra. C.S.R.), respectivamente.

A autoridade impetrada deferiu o pedido de visita em favor de G.L.R. (filho do sentenciado) e, quanto ao pedido de visitas em favor de I.S. (irmã do sentenciado), determinou a inclusão desta no rol de visitas, fundamentando sua decisão no ofício fornecido pelo Diretor Técnico da Penitenciária. Ocorre que somente o pedido de visitação de G. foi efetivamente atendido, já que a inclusão de I.R.S. no rol de visitas, mesmo apresentando a documentação necessária, foi negada.

Foi requerida, novamente, a visitação de I. ao sentenciado, tendo a Diretoria da Penitenciária se recusado em permitir as visitas da irmã do impetrante, com fundamento no artigo 112, *caput*, da Resolução SAP sob o argumento de que "*a entrada de crianças e adolescentes, para visitas comuns, é permitida somente quando o menor for filho ou neto do preso a ser visitado*". Diante dessa informação o MM. Juiz *a quo*, ora impetrado, emitiu nova decisão, aduzindo que o ingresso de visitas em estabelecimentos prisionais é matéria de cunho estritamente administrativo, mantendo, assim, o indeferimento.

Assevera que a própria Sra. C.S.R. (genitora de sua irmã I.S.R.) autorizou a visita de sua filha ao irmão, ficando responsável pela criança durante as visitas. Relata que tal impedimento na realização de visitas ao sentenciado causa grande transtorno familiar, pois a Sra. C. não está realizando as visitas já que não teria um responsável para cuidar de I., que se sente excluída por não poder visitar o irmão (sentenciado), fato que causa grande transtorno familiar e prejudica a manutenção dos laços familiares e, sobretudo, a ressocialização do sentenciado.

Afirma que, não se pode admitir que, posteriormente a uma decisão judicial determinando a inclusão de I. no rol de visitas do sentenciado, sobrevenha nova decisão não concedendo tal direito, com fundamento de que tal matéria é de cunho estritamente administrativo.

Sustenta que tal decisão viola o direito líquido e certo do impetrante em receber visitas, bem como ofende a garantia individual prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Alega que vedar o direito do sentenciado em receber a visita de sua irmã resulta em uma arbitrariedade que afronta não

Acesso ao Sumário

apenas as disposições constitucionais, mas também desrespeita a dignidade da pessoa encarcerada, que já privada de sua liberdade, esbarra com a mitigação de um direito fundamental que lhe devia ser plenamente assegurado pelo Estado (fls. 01/16).

Requer a concessão da segurança, para que seja determinado o exercício de visitas em favor do sentenciado, por sua irmã I.S.R. em qualquer unidade prisional do Estado, principalmente na unidade de Mirandópolis.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 67/69).

Prestadas informações pela autoridade dita coatora (fls. 72/73), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra da Doutora Eloisa de Sousa Arruda, pela denegação da segurança (fls. 79/81).

É o relatório.

Com efeito, foi requerida administrativamente autorização para que a irmã menor do impetrante, preso na Penitenciária Nestor Canoa, de Mirandópolis, pudesse visita-lo, o que foi recusado pela diretoria da unidade prisional.

Elaborado pedido judicial para o deferimento do pleito, foram solicitadas informações ao diretor do estabelecimento prisional, que justificou que não haver óbice para a visitação da irmã ao sentenciado, sendo necessária a inclusão de seu nome no rol de visitas.

Dessa forma, diante da informação fornecida pela unidade prisional, foi proferida decisão no sentido de que o pedido de visitação pela irmã do sentenciado resolvia-se em âmbito administrativo.

Ocorre que novo pedido foi juntado aos autos, requerendo autorização para a visitação da irmã do sentenciado, diante da recusa da unidade prisional, em vista do disposto no artigo 112, *caput*, da Resolução SAP nº 144/2010 que dispõe: "*a entrada de crianças e adolescentes, para visitas comuns, é permitida somente quando o menor for filho ou neto do preso a ser visitado*."

Dessa forma, foi proferida nova decisão em 12/01/2015, uma vez que não se verificou na conduta da autoridade administrativa qualquer ilegalidade a ser sanada pelo Juízo, tratando- se de matéria de cunho administrativo.

Acesso ao Sumário

A segurança deve ser concedida.

Conforme preconiza o artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal, constitui direito do preso a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

Trata-se de imperativo previsto em Lei Federal que não pode sofrer mitigação por ato normativo do Poder Público, mormente pelo Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo.

Com efeito, O escopo da legislação é o de promover a ressocialização do reeducando mediante o acompanhamento da execução da pena por parentes,

amigos e pelo cônjuge ou companheiro, não o afastando do convívio familiar e das pessoas com quem mantenha relação de afetividade.

Para comprovar o vínculo afetivo e familiar, o impetrante instruiu a inicial com cópia do RG e certidão de nascimento de sua irmã menor, que poderá visitá-lo acompanhada da mãe, Sr.ª C.S.R..

Oportuno ressaltar que apesar do direito de visita não ser irrestrito, encontrando restrições impostas pela lei e de acordo com a conveniência da segurança pública, a restrição de visitante deve ser analisada com a cautela necessária, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana e aos próprios direitos do preso, assegurados pela Lei de Execução Penal.

Destarte, havendo prova de vínculo familiar e comprovado o direito líquido e certo do impetrante em receber visita da irmã menor acompanhada da mãe, a segurança deve ser concedida, garantindo-se a aplicação e vigência do artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal.

Isto posto, concede-se a segurança impetrada por Leandro Silva Ramos a fim de garantir-lhe o direito de receber visita de sua irmã menor I.S.R., acompanhada da mãe, no estabelecimento prisional em que se encontrar recluso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0003958-09.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário LEANDRO SANTOS SILVA.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram procedente em parte o pedido de revisão criminal, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente), GUILHERME DE SOUZA NUCCI, WILLIAN CAMPOS, BORGES PEREIRA, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, RICARDO SALE JÚNIOR e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 26 de março de 2015.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa:

REVISÃO CRIMINAL. Conhecimento, pois a alegada insuficiência de provas justifica incursão ao conjunto de demonstrativos para aferir-se se caso de

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

contrariedade à evidência dos autos. Condenação por infringência ao artigo 157, § 2º, I, combinado com o 70, "caput", e 71, "caput", todos do Código Penal. Inexistência de decisão contrária a texto expresso de lei ou a essa evidência. Sólidos demonstrativos de caráter material e da autoria. Relatos seguros e coerentes das vítimas, os quais, aliás, em conformidade à confissão do peticionário. Depoimento de policial militar que também é de consideração. Sem embargo, redução por meio de revisão em relação à pena infligida. Admissibilidade. Afastamento de acréscimo decorrente de concurso formal que é de rigor. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Pedido julgado procedente em parte, portanto.

VOTO

Trata-se de revisão requerida por *Leandro Santos Silva* (folhas 15 a 23) por intermédio da digna Defensoria Pública em relação ao venerando acórdão (folhas 146 a 154 dos autos apensados) pelo qual, dado parcial provimento ao recurso por ele interposto, se manteve a respectiva condenação, porém, à pena de dez (10) anos, quatro (4) meses e treze (13) dias de reclusão, regime inicial fechado, e pagamento de multa a ser calculada em vinte e cinco (25) dias, observados padrões menores, haja vista infringência ao artigo 157, § 2º, I, combinado com o 70, *caput,* e 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

Esse peticionário, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) estar essa condenação contrária à evidência dos autos e a texto expresso de lei; b) insuficiência probatória; c) não haver elementos de prova que corroborem a confissão realizada por ele, revisionando, na Delegacia de Polícia e em Juízo;

d) malgrado fosse reconhecido pelas vítimas, deverem ser examinadas com cautela as declarações delas; e) não ter peso o depoimento do policial militar *Junior Contel*, porquanto não presenciara o delito sob exame; f) não haver prova segura a respeito da autoria desse crime; g) aplicação do princípio *in dubio pro reo*; h) logo, que se o absolva; i) subsidiariamente, ser caso de redução da pena em grau máximo em razão do reconhecimento da continuidade delitiva.

Sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça (folhas 25 a 30) no sentido da improcedência do pedido.

É o **relatório**, preservado, no mais, o contido nesse aresto.

Conhece-se deste pedido de revisão, porque, como houvera alegação de insuficiência de provas, relevante a apreciação a respeito dado poder ser caso de

Acesso ao Sumário

condenação contrária à evidência dos autos[1].

Feito esse necessário registro, expressa-se ser caso de procedência parcial deste pedido de revisão.

A propósito, desacolhe-se o sustentado por esse requerente em relação ao mérito – conforme resumidamente constou do supracitado relatório –, porquanto, e como adiante exposto, não é caso de ter faltado prova a autorizar a respectiva condenação.

Assim, não se verificou condenação baseada em prova contrária à evidência dos autos. Por sinal, "*Como já decidiu o STF, somente há decisão contrária à evidência dos autos quando esta não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo (RTJ 85/278)*"[2].

Com efeito, sólidas são as provas de caráter material e da autoria relativas aos imputados roubos majorados em continuidade delitiva.

Os seguros demonstrativos de caráter material estão consubstanciados em boletins de ocorrência (folhas 12-A/12-J) e autos de prisão em flagrante (folhas 2/11), exibição, apreensão, entrega (folhas 13/18) e avaliação (folhas 22/25), bem ainda em laudo decorrente de perícia (folhas 80/83 dos autos em apenso).

A comprovação da autoria, por outro lado, deu-se mediante as declarações e os depoimentos prestados em Juízo.

Sob o crivo do contraditório, os ofendidos Gilson Rangel Gusmão, Paula Ferreira, Ellen Amorim Santos, Bruna da Silva, Marcio Prado de Medeiros e Camila Pereira Puerta (folhas 91 e 109, *mídia digital*) declararam fossem abordados por esse peticionário, o qual, portando arma de fogo, lhes exigira a entrega de pertences.

Por sinal, Marcio Prado de Medeiros fez claro a respeito da subtração por esse revisionando de objetos pertencentes a ele e a respectiva esposa.

Ademais, as vítimas Ellen Amorim Santos e Bruna da Silva revelaram estivessem em determinada praça quando foram abordadas por esse requerente, que, então, delas roubara os correspondentes aparelhos de telefonia celular.

Também Paula Ferreira e Camila Pereira Puerta informaram acerca da subtração por esse peticionário, respectivamente, de aparelho de telefonia móvel celular e bolsa.

---

1 Nesse sentido, *mutatis mutandis*, Revisão 388.860-5, Jundiaí, 2º Grupo de Câmaras do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, relator o desembargador Ciro Campos, julgamento em 23 de outubro de 2001. Nesse passo, também, *ad cautelam*, é de consideração o seguinte trecho de respeitável aresto deste douto Grupo de Câmaras, relator o insigne desembargador Mariz de Oliveira: "*Ainda assim, a presente revisão criminal deve ser conhecida, uma vez que, por ser alegada a insuficiência de provas, torna-se necessária incursão no contexto probatório para se aferir se alegada insuficiência existe e se é tal que caracteriza a contrariedade à evidência dos autos, hipótese em que seria possível o deferimento desta*" (Revisão criminal 990.09.009905-4, Poá, julgamento em 26 de setembro de 2013).

2 Damásio de Jesus, *Código de processo penal anotado*, 23ª edição, Saraiva, 2009, página 513.

Acesso ao Sumário

Por fim, o ofendido Gilson Rangel Gusmão narrou a propósito do roubo de equipamentos de informática praticado por esse revisionando.

Na presença da digna juíza da causa, assim como na Delegacia de Polícia (folhas 5/10), esses sujeitos passivos reconheceram com segurança esse requerente como autor desses crimes.

Não bastasse a relevância dessas declarações para o deslinde do feito, máxime no que se refere à apuração de delitos como o ora sob apreço[3], pesa ainda o depoimento do miliciano Junior Contel Coutinho (*mídia digital*, folhas 91 dos autos apensados), também em Juízo.

Segundo esse policial, após ser informado a respeito da subtração de veículo "Renault/Logan", efetuara diligência própria e, então, surpreendera esse peticionário na condução do supradito automóvel. Por sinal, no interior desse carro, localizara arma de fogo, bem como os assinalados pertences desses ofendidos. Indagado, esse revisionando confessou *informalmente* a prática desses imputados roubos. Apresentado às vítimas, fora esse elemento por elas reconhecido como o autor desses delitos.

Tem ainda relevância a confissão desse requerente à digna juíza da causa (*mídia eletrônica*, folhas 109 dos autos em apenso).

Nesse passo, aliás, presentes os sobreditos reconhecimentos efetuados pelos ofendidos, bem ainda a confissão desse peticionário sob o crivo do contraditório, irrelevante não tivesse o supranominado miliciano presenciado as subtrações em foco.

Ademais, ficou demonstrada a majorante relativa ao emprego de arma, haja vista as falas dessas vítimas.

Portanto, ficou comprovado que esse revisionando subtraiu para ele, mediante grave ameaça consistente em emprego de arma de fogo, os objetos descritos na denúncia. Por conseguinte, de rigor a respectiva condenação.

Com referência à dosimetria da pena imposta, porém, essa respeitável decisão comporta pequeno reparo.

Aliás, considera-se cabível, excepcionalmente, a modificação dessa sanção mediante revisão criminal[4].

---

3 Nesse sentido, a propósito, é de registro, *mutatis mutandis*, aresto desta Corte ementado na seguinte conformidade: "*APELAÇÃO. ROUBO. PALAVRA DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM A PROVA DOS AUTOS. RELEVÂNCIA: A palavra da vítima representa viga mestra da estrutura probatória e sua acusação firme e segura com apoio em outros elementos de convicção autoriza o édito condenatório. Recurso não provido*" (Apelação 0007168-85.2003.8.26.0022, 15ª Câmara de Direito Criminal, relator o desembargador J. Martins, julgamento em 15 de agosto de 2013).

4 Nesse passo, mutatis mutandis, destaca-se o seguinte trecho de aresto desta Corte: "Firmou-se entendimento no sentido de que em situações de evidente injustiça e erro técnico de dosimetria da pena, é possível a correção da reprimenda por meio da revisão. A respeito, colhe-se da jurisprudência:

'A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade

Acesso ao Sumário

Com efeito, assinalando serem favoráveis a esse requerente as circunstâncias judiciais, fixou-se a sanção básica relativa aos roubos sob exame conforme o mínimo cominado (quatro anos de reclusão e dez dias-multa).

Em relação à segunda fase desse cálculo próprio, malgrado presente a atenuante pela confissão espontânea (*mídia eletrônica*, folhas 109), ficou mantido esse *quantum*, aliás, em conformidade à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira etapa dessa individualização, como verificada a sobredita causa de aumento decorrente de emprego de arma, fora a pena relativa aos roubos em foco acrescida de um terço (1/3), a qual, porque ajustada, ora é mantida.

De outra parte, dado terem sido dois desses crimes patrimoniais praticados mediante conduta única (vítimas *Marcio* e *Marta*, além de *Bruna* e *Ellen*), aplicou-se o cômputo formal estabelecido na primeira parte do caput do artigo 70 do Código Penal. Por conseguinte, acresceu-se em um sexto (1/6) as penas relativas a esses delitos.

Ademais, porquanto praticadas as infrações penais sob exame em mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, reconheceu-se a continuidade delitiva e, assim, empreendeu-se aumento à ordem de dois terços (2/3) a essa sanção (referente ao delito mais grave).

Não se deslembra, contudo, prevalecer no Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de consubstanciar *bis in idem* o concomitante aumento de pena em virtude do reconhecimento de concurso formal e de crime continuado.

Nesse sentido, aliás, *mutatis mutandis*, é de consideração acórdão dessa Corte Superior ementado, em parte, na seguinte conformidade:

"(...) DOSIMETRIA. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE CRIMES. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. DUPLO AUMENTO. ALEGADO BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a concorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes.

2. Ocorre bis in idem quando há majoração da reprimenda primeiramente em razão do concurso formal, haja vista o cometimento de um delito roubo contra vítimas diferentes num mesmo contexto fático, e, em seguida, em função do reconhecimento do crime continuado em relação aos outros crimes

da lei. Inexistindo violação da lei e não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever critérios de individualização da reprimenda. Apenas decisão contra legem autoriza redução da pena em sede revisional' (RJDTACRIM 6/250)" (Trecho de acórdão relacionado à revisão criminal 0477848-52.2010.8.26.0000, relator o desembargador Paulo Rossi do 6º Grupo de Câmaras de Direito Criminal, julgamento em 17 de abril de 2013. Esses grifos não constam do texto copiado). Nesse sentido ainda Damásio de Jesus, *Código de processo penal anotado*, 25ª edição, Saraiva, 2012, página 558.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

<u>*praticados em situação semelhante de tempo e modo de execução*</u>. *(...)"*[5].

Logo, de rigor a abstração do assinalado acréscimo empreendido em decorrência do reconhecimento de concurso formal (um sexto).

Por outro lado, e como sobredito, porque continuados os crimes patrimoniais sob análise, e visto o número de bens jurídicos atingidos (sete)[6], razoável o aumento de dois terços (2/3) aplicado[7], em consonância ao artigo 71, *caput*, do Código Penal[8].

Desse modo, e ausentes causas modificadoras outras, faz-se definitiva a pena imposta a *Leandro Santos Silva* em oito (8) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de multa a ser calculada em vinte e um (21) dias no menor valor unitário.

Derradeiramente, tratando-se de roubo, crime do qual a violência e a grave ameaça à pessoa são elementares, não bastasse esse *quantum* de pena aplicado, justificável a fixação de regime inicial fechado para cumprimento dessa sanção privativa de liberdade. Aliás, é realidade compatível à repressão e prevenção relativas a esse grave delito que tanto infelicita o dia a dia de muitas pessoas.

À luz dos artigos 44 e 77 do Código Penal, incabível a substituição dessa pena carcerária por restritiva de direito, bem ainda a concessão de benefícios outros a esse revisionando.

Portanto, e presente o parecer da douta Procuradoria de Justiça (conquanto não aceito em integralidade em decorrência da supracitada fundamentação), desacolhe-se o sustentado por esse requerente (motivo de descrição resumida no relatório deste voto) e, assim, mantém-se a correspondente condenação, observadas essas correções à respectiva pena.

À vista do exposto, julga-se procedente em parte este pedido de revisão.

É como voto.

---

5 Trecho de ementa relativa ao *habeas corpus* 162.987/DF, relator o ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgamento em 1º de outubro de 2013. Os grifos apostos não constam da redação original.

6 A esse respeito, é de consideração, *mutatis mutandis*, acórdão desta Corte, em parte, assim fundamentado: *"(...) o réu abordou quatro diferentes vítimas e subtraiu os bens de cada qual delas, por meio de duas ações (cada roubo foi dirigido contra duas pessoas diferentes). Deste modo, considerando os dois roubos praticados, cada qual, em concurso formal, bem como a continuidade entre eles, mantenho o acréscimo de ½, pois de duas ações resultaram quatro eventos criminosos em continuidade delitiva*" (Apelação 0004878-61.2013.8.26.0050, 16ª Câmara de Direito Criminal, relator o desembargador Otávio de Almeida Toledo, julgamento em 12 de agosto de 2014).

7 A propósito, *mutatis mutandis*, é de registro trecho de ementa de aresto do Superior Tribunal de Justiça conforme o qual "*É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e <u>2/3, para 7 ou mais infrações</u>*" (Habeas corpus 265.385/SP, relatora a ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgamento em 8 de abril de 2014. Sem esses grifos no texto copiado).

8 Por sinal, mais apropriado o reconhecimento da hipótese de crime continuado prevista no *caput* do citado dispositivo, pois, malgrado constituam essas infrações penais delitos dolosos praticados mediante grave ameaça à pessoa e contra vítimas diferentes, favoráveis a esse revisionando as circunstâncias judiciais.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0079732-50.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário ROGÉRIO DE ANDRADE AUGUSTO.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação de revisão criminal para alterar o regime prisional imposto ao peticionário para o início do cumprimento de sua pena corporal para semiaberto, estendendo-se os efeitos desta decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal, ao corréu Márcio Francisco da Silva. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.017)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente), LOURI BARBIERO, GRASSI NETO, AMARO THOMÉ, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Roubo qualificado – Pretendida a alteração do regime prisional – Possibilidade – Decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça que alterou o regime imposto para o início do cumprimento da pena corporal do corréu Antônio Costa Amaral Neto, considerando que a r. sentença condenatória e o v. acórdão impugnado não apresentaram fundamentação efetiva e real – Situação idêntica que enseja a extensão desse comando decisional ao peticionário e ao corréu Márcio Francisco da Silva, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal. Procedência da ação revisional.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de Revisão Criminal aforada por **Rogério de Andrade Augusto**, condenado, por r. sentença proferida pelo Dr. Renato Rangel Desinano, às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, por incurso no artigo 157,

parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal[1].

Intimado da r. sentença, o peticionário interpôs apelação, à qual, depois de oferecidas as razões e contrarrazões e lavrado o parecer da E. Procuradoria Geral de Justiça, foi dado parcial provimento, tão-somente para reduzir suas penas para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, por unanimidade de votos, pela 7ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (Relator: Des. Salvador D'Andrea, Revisor: Des. Pinheiro Franco, 3º Juiz: Des. Corrêa de Moraes), de cujo v. acórdão[2] foram intimadas as partes[3], operando-se o trânsito em julgado, objeto de regular certidão[4].

A Defensoria Pública, nesta instância revisional, com base no artigo 621, incisos I, do Código de Processo Penal, postula a fixação de regime semiaberto para o cumprimento da pena corporal do peticionário[5].

Processada a ação, a cujos autos foram apensados os da ação penal condenatória, manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento e, se conhecida, pelo improvimento da revisão.

É o relatório.

2. A ação revisional é de ser julgada procedente.

Cumpre registrar que o peticionário Rogério de Andrade Augusto foi processado e condenado pelo crime de roubo qualificado, porque, no dia, hora e local indicados na denúncia, previamente ajustado e com unidade de desígnios com Antônio Costa Amaral Neto e Márcio Francisco da Silva, mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma, subtraiu, para proveito comum, a importância de R$ 150,00 do Posto de Serviços Presidente Tancredo Neves, representado por Marco Antonio da Silva[6].

Verifica-se que o peticionário volta-se tão-somente contra a fixação de regime inicial fechado para o cumprimento da pena corporal.

Aduz o peticionário que o Colendo Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de um dos corréus, em situação idêntica à do peticionário, para fixar o regime intermediário.

Em razão disso e considerando que a pena privativa de liberdade imposta ao peticionário foi inferior a oito anos de reclusão, que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são favoráveis ao peticionário e que o regime fechado foi imposto com base unicamente na gravidade abstrata do delito, pugna pela

Acesso ao Sumário

1 - Fls. 152/158 dos autos da ação penal condenatória.

2 - Fls. 292/310 dos autos da ação penal condenatória.

3 - Fls. 311 e 316-verso dos autos da ação penal condenatória.

4 - Fls. 317 dos autos da ação penal condenatória.

5 - Fls. 12/16 da ação revisional.

6 - Denúncia de fls. 02/03 dos autos da ação penal condenatória.

fixação de regime semiaberto para o cumprimento de sua pena corporal.

Pois bem. Observa-se, inicialmente, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 35.035-SP, impetrado em favor do corréu Antônio Costa Amaral Neto, concedeu a ordem, em julgamento realizado no dia 16 de setembro de 2004, para estabelecer o regime semiaberto como inicial para o cumprimento da pena desse corréu, por entender que a r. sentença condenatória e o v. acórdão impugnado não apresentaram fundamentação efetiva e real para a fixação do regime prisional mais rigoroso.[7]

Ademais, é de se ressaltar que o regime fechado foi estabelecido de forma idêntica para todos os réus na r. sentença condenatória, como segue:

"Os réus não fazem jus a nenhum benefício, não poderão recorrer em liberdade, e deverão iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, único compatível com delito de roubo, praticado por mais de um agente, cuja natureza indica serem os autores pessoas perigosas, extremamente nocivas à sociedade, sendo daqueles crimes que causam desassossego a toda a comunidade."

E o v. acórdão houve por bem manter a fixação do regime fechado sob o seguinte fundamento:

"Repita-se, trata-se de crime grave, cometido com violência, revelando temibilidade e periculosidade dos agentes, características de personalidade que exigem medidas eficazes para combatê-lo, recomendando, pois, imposição de regime carcerário mais rigoroso."

Portanto, como a fundamentação apresentada na r. sentença e mantida no v. acórdão foi idêntica para a fixação do regime prisional fechado para todos os réus e o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que essa fundamentação foi insuficiente para o estabelecimento do regime mais rigoroso, só cabe a este Colegiado estender o aludido comando decisional – alteração do regime prisional para o semiaberto – ao peticionário Rogério de Andrade Augusto e ao corréu Márcio Francisco da Silva, como o próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça já poderia ter feito, em reverência ao princípio da isonomia, máxime porque se encontra em idêntica situação fático-jurídica (art. 5º, *caput*, CF; art. 580, CPP).

3. Pelo exposto, **julga-se procedente** a ação de revisão criminal para alterar o regime prisional imposto ao peticionário para o início do cumprimento de sua pena corporal para semiaberto, **estendendo-se os efeitos desta decisão**, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal, ao corréu Márcio Francisco da Silva. Comunique-se.

7 - Fls. 375/382 dos autos da ação penal condenatória.

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0019833-38.2012.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é recorrente/recorrido R.L.R., Recorrentes F.S.L. e D.W.P., é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a matéria preliminar, deram provimento ao recurso do Ministério Público para pronunciar o corréu R. como incurso no artigo 288 do Código Penal e negaram provimento aos recursos dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21270)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2015.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO contra decisão de pronúncia – Homicídio qualificado – Conjunto probatório suficiente para submeter os recorrentes a julgamento popular – Valoração dos depoimentos reservada ao juiz natural – Qualificadoras que não se mostraram manifestamente improcedentes – Provimento ao recurso do Ministério Público e desprovimento ao recurso dos réus.

Acesso ao Sumário

VOTO

R.L.R., F.S.L. e D.W.P. interpuseram recurso em sentido estrito objetivando a reforma da r. decisão de PRONÚNCIA pela suposta prática de crime de homicídio qualificado (motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima), conforme decisão de fls. 1452/1468.

Não conformado, o Ministério Público também recorre à Instância Superior.

O Ministério Público visa a pronúncia do corréu R. como incurso também no artigo 288 do Código Penal.

F. busca, em preliminar, o desentranhamento das conclusões de

investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, consubstanciadas no relatório de fls. 382/430, já que elas não estão acompanhadas das respectivas mídias digitais, bem como a impossibilidade de o Ministério Público realizar interceptação telefônica. No mérito, postula a absolvição sumária por ausência de culpabilidade (coação moral irresistível). Subsidiariamente, a despronúncia por insuficiência probatória (fls. 1575/1597).

D. almeja, em preliminar, também a nulidade no procedimento de investigação realizado pelo Ministério Público, em especial nos atos de interceptação telefônica. No mérito, a despronúncia por insuficiência probatória (fls. 1605/1615).

Enquanto R. visa tão somente a despronúncia por insuficiência probatória (fls. 1530/1542).

Recursos contrariados (fls. 1527/1529 e 1619/1624), a decisão restou mantida (fls. 1630), manifestando-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso do Ministério Público e desprovimento dos recursos defensivos (fls. 1637/1642).

É O RELATÓRIO.

Afasto as preliminares alegadas pelos corréus F. e D. por não vislumbrar nulidade insanável necessária para macular a marcha processual.

As investigações preliminares conduzidas pelo Ministério Público, na qual se apurou o envolvimento dos corréus F. e D. na morte da vítima, assim como o fato de ambos serem membros de conhecida facção criminosa, transcorreram de modo legítimo observando-se os ditames legais.

Entendo plenamente constitucional os procedimentos de natureza investigatória, presididos pelo Ministério Público, tendo em vista ser ele o titular da ação penal pública com a função típica de exercê-la de modo privativo, o que não o exime de postular em Juízo a adoção de medidas que exijam o prévio controle jurisdicional.

Dentre as funções institucionais do *Parquet* elencadas na Constituição Federal, além da propositura da ação penal pública de forma privativa, está expressamente consignada a possibilidade de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatível com a finalidade da instituição.

Nesse sentido, a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), ao cuidar das funções gerais dos órgãos de execução, preconiza, em seu artigo 26, que cabe ao Ministério Público praticar, entre outros atos, a requisição de informações e documentos a entidades privadas, visando instruir procedimentos ou processo em que oficie e, ainda, compete praticar atos administrativos executórios de caráter preparatório.

A Lei Complementar 75/93, por sua vez, acrescenta em seu artigo 8º que, para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá,

Acesso ao Sumário

nos procedimentos de sua competência, realizar, entre outros atos, inspeções e diligências investigativas; assim como expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar.

O artigo 80, da LONMP, aduz que se aplicam aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Assim, entendo que inexiste óbice constitucional no que se refere à possibilidade de o órgão de acusação realizar diligências investigativas. Ao revés, em conformidade com a Teoria dos Poderes Implícitos, a Constituição Federal, ao conceder determinada função a um órgão, também lhe concede, implicitamente, os meios necessários para atingir seu objetivo. O artigo 129, da norma constitucional, é expresso ao prever que cabe ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade[1].

No que se refere ao pleito preliminar sobre a ilicitude da prova colhida por meio de interceptação telefônica, sem a devida autorização judicial, sendo emprestada de outros autos, além de inexistir a degravação das respectivas mídias digitais, não vejo como acolhê-lo.

Tendo em vista o princípio da causalidade, aquele meio de prova não foi o único que amparou a decisão condenatória em relação ao crime que lhes foram imputados.

Outros elementos, em especial os de natureza oral, também serviram para subsidiar o juízo de convicção à luz do princípio da persuasão racional motivada.

Os meios de prova, oriundos de outros procedimentos, assim o foram na qualidade de prova documental submetendo-se ao posterior contraditório judicial, já que os réus tiveram a oportunidade de impugná-las, sendo deles cientificados acerca de seu teor e qualidade durante o desenrolar da relação processual, sem que houvesse qualquer requerimento no curso desta pela vinda das respectivas mídias digital como bem anotado na r. decisão objurgada. Nesse sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça[2].

Por fim, era ônus da parte a comprovação efetiva do prejuízo de ordem processual que sofreu em virtude da conduta ilegal alegada em observância ao disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal, vez que não subsiste mais na jurisprudência a vetusta divisão entre as nulidades, se relativa ou absoluta[3],

1 Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE nº 468523/SC - Min. Ellen Gracie, j. 01/12/2009.

2 É extreme de dúvidas que é possível o ingresso de prova emprestada no processo penal, desde que se assegure às partes o direito de se manifestar acerca do elemento novo. Como lembra o inexcedível JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, a garantia do contraditório sedimenta-se na bilateralidade dos atos e termos do processo e na possibilidade de se manifestar sobre eles (HC nº 210.314/SP – Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

3 HC nº 230.471/SP – Superior Tribunal de Justiça – Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5º Turma,

Acesso ao Sumário

presumindo-se o prejuízo.

Quanto ao mérito, os recorrentes foram pronunciados porque, nas condições descritas na inicial, em concurso com outras pessoas não identificadas e agindo por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, mataram a vítima M.A.S de acordo com o laudo necroscópico de fls. 601/604

O corréu R. foi despronunciado em relação ao crime de quadrilha.

A materialidade e os indícios de autoria, imprescindíveis à admissibilidade da acusação, estão presentes.

No tocante à autoria, os elementos de convicção colacionados nos autos autorizam a submissão dos réus a julgamento pelo júri, não se extraindo, na espécie, razão para afastar do e. Conselho de Sentença a cognição plena da prova amealhada nas duas fases da persecução penal.

As testemunhas ouvidas em juízo deram respaldo à tese acusatória no sentido de que os corréus D. e F., enquanto membros de conhecida facção criminosa e agindo de modo vinculado, foram os autores intelectuais do crime praticado contra a vítima, policial militar, M.A.D.

Nesse sentido, o depoimento do Delegado de Polícia Gustavo André Alves o qual confirmou em juízo a veracidade das gravações telefônicas dando conta de que os réus D. e F. além de outros indivíduos eram os líderes da organização criminosa e, nesta qualidade, eram os responsáveis por transmitir ordens advindas do comando geral aos outros membros com a função de executar crimes. Soube que existiam determinações para executar policial na comarca São Carlos, onde os fatos se passaram.

Além disso, não se vislumbra categoricamente, pelas provas até então produzidas, que os recorrentes F. e D. tenham praticado a infração em nítida coação moral irresistível e, por isso, não poderiam ter agido de outro modo.

Em relação ao corréu R., a prova produzida também era suficiente para vinculá-lo subjetivamente aos demais comparsas, sendo ele um dos responsáveis pela execução direta do crime de homicídio.

Segundo se apurou, em especial pelas provas testemunhais, ele foi visto nas imediações do fato na condução de veículo automotor Astra placas (...) de sua propriedade, estando à espera dos outros dois indivíduos não identificados que abordaram a vítima e efetuaram os disparos de arma de fogo.

Mesmo a divergência sobre a numeração da placa do veículo restou devidamente dissipada durante a instrução processual, inclusive por meio de prova pericial realizada no local dos fatos e oitiva das testemunhas como bem articulado na r. decisão objurgada (fls. 180/181 e 1253/1255).

Em diligências realizadas em sua residência, foram encontradas cartas subscritas por membros da organização criminosa - liderada naquela região

julgado em 08/05/2014.

Acesso ao Sumário

pelos corréus D. e F. - cujo destinatário era o corréu R. (fls. 216/218).

Além disso, depois de busca e apreensão realizada na residência de F.A.B., outro membro da facção, foi encontrada relação de nomes dos filiados, dentro da qual se encontrava o do corréu R. (fls. 243).

Quando ouvidos em juízo, os réus apenas negaram qualquer envolvimento no crime descrito na denúncia, assim como que fossem membros de facção criminosa (fls. 1273/1277).

Há informação nos autos de que o crime foi cometido por motivo de somenos importância (vingança contra policiais) e, de outro lado, o modo pelo qual o crime foi praticado, tendo a vítima sido abordada por dois indivíduos que dispararam contra ela diversos projéteis de arma de fogo que a levaram a óbito quando ela se encontrava no interior de seu veículo automotor, sem ter chance de defesa.

Portanto, as qualificadoras não são manifestamente infundadas.

No tocante ao recurso do Ministério Público, tenho que o corréu R. deveria ter sido pronunciado também pelo crime de quadrilha, conexo ao de homicídio qualificado.

As provas até então amealhadas, em especial os depoimentos dos policiais em juízo para os quais ele chegou a confirmar informalmente a qualidade de membro da organização, somado aos diversos elementos constantes nos autos, como, por exemplo, o fato de seu nome constar em lista de membro daquela facção (fls. 243), eram elementos indicativos de que ele fosse membro permanente de facção criminosa, não se restringido sua conduta em participar simplesmente da morte do policial militar.

De todo modo, ainda que haja dúvida sobre a participação dos réus na empreitada criminosa, a valoração das prova então produzidas não pode ser subtraída do juiz natural, sob pena de usurpação de competência, merecendo atenção que nesta fase do processo prevalece a regra do *in dubio pro societatis*.

Portanto, os recorrentes deverão ser submetidos a julgamento popular, permitindo-se a cognição plena e irrestrita do conjunto probatório pelos senhores jurados, bem como das teses acusatórias e defensivas que, certamente, serão sustentadas por ocasião da sessão de julgamento, inclusive no que concerne ao reconhecimento das circunstâncias qualificadoras, visto que não se mostraram manifestamente improcedentes.

Estão presentes os requisitos do artigo 413, do Código de Processo Penal, sendo imperiosa, portanto, a manutenção do *decisum*, submetendo-se os recorrentes a julgamento popular para que o júri aprecie, com profundidade e soberania, todas as provas e teses produzidas e eventualmente reiteradas em plenário.

Por fim, a manifestação de fls. 1645/1647 elaborada pelo advogado do

Acesso ao Sumário

correú R. não foi suficiente para afastar o quanto produzido em contraditório na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, porquanto se encontra desconectada de dados concretos, restringindo-se em ratificar o conteúdo das razões recursais apresentadas anteriormente.

Além do mais, como já mencionado os indícios de autoria e materialidade, já valorados e que envolverem o corréu na trama criminosa, eram suficientes para autorizar o julgamento pelo Conselho de Sentença, órgão natural competente para apreciar de maneira exauriente o fato narrado na denúncia.

Posto isto, meu voto dou provimento ao recurso do Ministério Público para pronunciar o corréu R. como incurso no artigo 288 do Código Penal e nego provimento aos recursos dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0005484-46.2013.8.26.0129, da Comarca de Casa Branca, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido WLADIMIR ANTONIO PUGGINA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.471)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2015.

J. MARTINS, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICIDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A VÍTIMA E O RÉU – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR JUSTA CAUSA – PERDÃO JUDICIAL – Necessidade: Verifica-se neste caso que o réu incontestavelmente sofreu uma pena maior do que o *jus puniend* estatal poderia aplicar em virtude da morte de sua esposa. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela Promotoria de Justiça contra a r. decisão que rejeitou a denúncia com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal, por falta de justa causa à propositura da ação penal.

O recorrido foi denunciado como incurso no artigo 302, ***caput***, da Lei n° 9.503/97, em virtude de acidente de trânsito que originou a morte de sua esposa, Maria Helena Mattos Neves Puggina (fls. 86/88).

Pugna a Justiça Pública pelo recebimento da inicial, aduzindo que o magistrado ***a quo*** rejeitou a denúncia sem a instrução probatória necessária. Salienta que a prova, neste momento processual é frágil e precária para aplicação do perdão judicial (fls. 101/104).

Recebido o recurso (fls. 107) e ofertadas as contrarrazões (fls. 110/126), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 228/229).

É O RELATÓRIO.

Narra à inicial acusatória que, no dia 07 de abril de 2013, o recorrido praticou homicídio culposo na direção de veiculo automotor, do qual resultou lesões corporais em sua esposa Maria Helena Mattos Neves Puggina, ocasionando sua morte (fls. 02/04).

Em que pese os bens lançados argumentos acusatórios, o pleito não pode ser atendido.

O recorrido, quando ouvido na fase administrativa, declarou que conduzia o veículo em velocidade abaixo da permitida, pela pista da direita e não avistou o caminhão à frente, não conseguindo evitar a colisão. Disse que aparentemente sua esposa, no momento, não apresentou lesões sérias, mas devido à queixa de dor, foi conduzida a Santa Casa, e em seguida ao Hospital de São João da Boa Vista, onde foi operada.

Posteriormente, ela foi encaminhada para o Hospital Albert Einstein, permanecendo na UTI por aproximadamente cinco meses, vindo a falecer em 27 de agosto de 2013.

O acusado, naquela oportunidade, ressaltou que não havia bebido, até porque não tem o hábito de ingerir bebidas alcoólicas, especialmente naquela hora da manhã. Estava casado há 47 anos, sendo a vítima sua grande companheira e, diante do ocorrido ficou transtornado, sendo submetido a tratamento psiquiátrico (fls. 78/79).

Declaração Médica Hospitalar (fls. 216) e Declaração Psiquiátrica (fls. 99 e 217) atestam a consternação do réu em relação à morte de sua esposa.

Por outro lado, os documentos juntados pela Defesa nas contrarrazões ao recurso, demonstram à saciedade que não há mesmo necessidade de persecução

Acesso ao Sumário

penal neste caso.

Verifica-se que o réu e a vítima passaram a maior parte de suas vidas juntos, construíram uma admirável família, com filhos e netos, e sempre estiveram um ao lado do outro.

A perda causada pela morte da ofendida em relação ao acusado e à família, não deixam dúvidas de que o sofrimento experimentado pelo recorrido torna qualquer pena a ele aplicada totalmente desnecessária e inócua.

Neste sentido:

> *"**O perdão judicial só deve ser concedido quando a dor infligida ao agente, por consequência da sua culpa, tenha proporções exageradas, e as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária"** (RJDTACrim 8/151).*

Talvez tenha a douta magistrada se precipitado em conceder o perdão judicial sem fazer a instrução do processo. Mas para que fazer o recorrente passar por tamanho sofrimento pelas lembranças. Já não basta o ocorrido? Infelizmente. Nada vai modificar o até aqui apurado. Portando, agiu corretamente o magistrado de primeiro grau.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso em sentido estrito, mantendo intacta a r. decisão ***a quo***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0004731-63.2012.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MARCOS ROBERTO DE SOUZA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso defensivo para, desclassificada a conduta, remeterem-se os autos ao Juízo singular para ulteriores termos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.445)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente sem voto), CARDOSO PERPÉTUO e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

RENÊ RICUPERO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HOMICÍDIO – Pleito de impronúncia, absolvição, ou desclassificação para crime de trânsito – Inviabilidade – Presença de prova de materialidade e indícios suficientes de autoria – Controvérsia quanto ao elemento subjetivo da conduta do recorrente – Dolo eventual articulado na denúncia – Para os crimes de circulação no trânsito, as hipóteses nas quais admissível o dolo eventual são limitadas – Necessidade de análise dos argumentos arguidos na denúncia para aferir a plausibilidade da capitulação – Velocidade excessiva narrada na denúncia e não especificada, não é suficiente para marcar a competência do tribunal do júri – Ausência de indícios de embriaguez preordenada – Intelecção diversa que levaria a interpretar como dolosos todo homicídio ou lesão corporal na direção de veículo automotor, cometidos nestas condições. Recurso provido para desclassificar a conduta, remetendo-se os autos ao Juízo singular para ulteriores termos.

VOTO

Ao relatório da r. sentença (fls. 215/219), acrescenta-se que MARCOS ROBERTO DE SOUZA foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal.

A defesa pleiteia, em síntese, a desclassificação para crime de trânsito ou, subsidiariamente, a exclusão da qualificadora (fls. 224/243).

O recurso foi devidamente contrariado (fls. 246/252) e, mantida a decisão (fl. 253), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu não provimento (fls. 257/260).

É o relatório.

De fato, há materialidade, demonstrada às fls. 181/182, e indícios de autoria (fls. 115, 116, 118 e 120/121), suficientes ao prosseguimento da persecução penal.

Acesso ao Sumário

Contudo, a controvérsia reside no elemento subjetivo da conduta do recorrente, a definir se a infração se deu de forma culposa ou dolosa (no caso dos autos, dolo eventual).

E uma vez que a regra para os crimes de circulação no trânsito é a culpa, nas modalidades imprudência, negligência e imperícia, a classificação da conduta em dolo (eventual) só é admissível quando reunidas circunstâncias externas que permitam aferir o elemento subjetivo da conduta.

Com efeito, "sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado" (STJ; HC 58.826/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8.9.2009).

Assim, apesar de, nesta fase, não se admitir longas incursões sobre o mérito da acusação, "não se pode transferir à Corte Popular, utilizando-se do brocardo *in dubio pro societate*, o juízo técnico a respeito da adequação do dolo eventual e da culpa consciente, nas hipóteses de homicídio praticado na direção de veículo automotor, ante as dificuldades óbvias de compreensão desses institutos" e "diante da tênue diferença entre dolo eventual e culpa consciente que em ambos o agente prevê a ocorrência do resultado, mas somente no dolo o agente admite a possibilidade de o evento acontecer -, cumpre ao Juiz togado verificar se há elementos de convicção suficientes para confirmar a competência do Tribunal do Júri" (REsp 1327087/DF, Relator: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. aos 10.09.2013, DJe 11/11/2013).

Não se trata de incursão no material probatório, de fato defeso neste juízo de admissibilidade, mas sim da análise dos argumentos arguidos na denúncia para aferir a plausibilidade da capitulação nela reconhecida.

Sob este prisma, impõe-se a desclassificação para outro delito que não os afetos ao Tribunal Popular.

A assunção do risco de produzir o resultado não se exaure na sua literalidade.

Para HUNGRIA, "é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente a ocorrer", ressaltando o renomado criminalista que entre o dolo eventual e a culpa consciente há, "é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas, enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar-se à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá." (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, 4ª ed., volume I, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1958, ps. 122 e 116-117).

Na espécie, a denúncia imputa ao acusado os delitos pelos quais se viu pronunciado, porque:

> "(...) no dia e horário mencionados, MARCOS ROBERTO DE SOUZA dirigia o automóvel Volks? Santana/ Quantum, cor prata, placas CRS 0306-SP, pela Avenida Brasil, via muito movimentada desta Capital, em velocidade excessiva e embriagado, quando perdeu o controle do auto,

Acesso ao Sumário

ingressando no canteiro divisor da pista, atropelando a vítima, morador de rua, que estava no local.

A velocidade excessiva e a ebriez comprovada fizeram com que o agente subisse no central, que separa a avenida, atropelasse a vítima e ingressasse na contramão de direção. A vítima, socorrida pelo Resgate, foi encaminhada ao Hospital das Clínicas, mas ante a gravidade das lesões, veio a óbito, como evidenciado na comunicação de óbito (fls. 11/12) e laudo necroscópico a ser juntado oportunamente.

A embriaguez está comprovada pelo exame de etilômetro, constatada em 0,81 mg/l, conforme documento de fls. 23.

<u>Em tais condições e imprimindo velocidade excessiva, o agente tem sua conduta ajustada ao tipo penal descrito como homicídio doloso, uma vez que assumiu o risco de produzir o resultado”</u> (**g.n.**)

Demais disso, em crimes de trânsito, as hipóteses nas quais admissível o dolo eventual são limitadas.

Uma das circunstâncias de fato que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo pertinente a aceitação do resultado é a conduta de quem se lança numa competição automobilística de velocidade em via pública, popularmente conhecida como “racha” ou “pega”.

Mas, na espécie, não há menção na inicial de que o recorrente participasse de tal disputa.

De outra parte, mesmo que se admita, eis que pairam dúvidas quanto a esta questão, a velocidade excessiva narrada na denúncia e não especificada, certamente é elemento a ser considerado em desfavor do recorrente a demonstrar negligência em relação às normas de trânsito, porém não é suficiente deslocar a competência para o júri.

De igual modo, “a embriaguez alcóolica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo” (Ministro Luiz Fux, HC nº 107.801 São Paulo, 06/11/2011).

Assim, ainda que o recorrente apresentasse dosagem alcoólica acima do permitido, e não se possa deixar de responsabilizá-lo pelo acidente, tal circunstância, sem a indicação de que tenha intencionalmente se embriagado para a prática do crime, também não é determinante para o acolhimento, mesmo que provisório, do dolo eventual.

A doutrina também é neste sentido:

“A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que ó anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O Art. 31 e §§ 1º e 2º estabelecia: A embriaguez pelo

Acesso ao Sumário

álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. §1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; §2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se este título é punível o fato" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 243).

Intelecção diversa levaria a interpretar como doloso todo homicídio ou lesão corporal na direção de veículo automotor, cometidos nestas condições, esvaziando-se os tipos penais especiais culposos previstos no Código de Trânsito Brasileiro.

Não há indícios, portanto, que o recorrente tenha antevisto, concretamente, a possibilidade de matar ou a ela se mantido indiferente.

Além da certeza de acidente com vítima fatal, há indícios idôneos de que o réu agiu com imprudência, evidência da culpa consciente de quem, embriagado, dirige em velocidade possivelmente acima da permitida.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso defensivo para, desclassificada a conduta, remeterem-se os autos ao Juízo singular para ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0005660-62.2014.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é recorrente IVETE ALVES, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.154)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente sem voto), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Restituição de veículo automotor. Indeferimento do processamento de recurso de apelação pela origem. Pertinência da

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

postulação. Inteligência do art. 593, II, Cód.Pr.Penal. Precedentes. Recurso provido.

VOTO

Visto.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por **Ivete Alves**, contra decisão do d. Juízo de origem que **indeferiu** o processamento de Apelação Criminal interposta contra decisão que indeferiu a restituição de veículo automotor apreendido nos autos da Ação Penal 0001615-15.2014.8.26.0073 – f. 2 –, sob o fundamento de que, ao final do processo, o bem poderá ser declarado perdido em favor da União.

A recorrente – *f. 2/7* – defende a possibilidade da providência e pretende, essencialmente, o processamento do apelo interposto.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 28/30* – pela mantença do decisório de origem.

O d. juízo de origem manteve a decisão – *f. 31*.

Autos distribuídos, *f. 34*, foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo provimento do inconformismo recursal – *f. 35/40* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***21.jan.2015*** *(f. 41)*.

É o relatório.

Vem a recorrente com o presente recurso em sentido estrito, buscando modificar o entendimento da origem, que não autorizou processamento de Apelação Criminal interposta contra decisão que indeferiu a restituição de veículo automotor.

Anote-se que a situação encontra fundamentação no art. 593, II, do Cód. Pr.Penal, que admite a interposição de Apelação "*das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por Juiz singular nos casos não abrangidos pelo recurso em sentido estrito*".

Assim, a decisão de indeferimento de restituição do veículo automotor, embora não encerre a relação processual, é impugnável por meio de recurso de Apelação, dês que envolveu controvérsia surgida no processo principal ou em processo incidental.

Portanto, assiste razão à recorrente.

Data venia do entendimento do d. Juízo de origem.

Nesse sentido, ensina Guilherme de Souza Nucci:

"Decisão definitiva, que coloca fim ao procedimento incidente: procedência ou improcedência da restituição de coisa apreendida (art. 120, § 1.º, CPP). Cabe Apelação" (in Manual de Processo Penal e Execução Penal.

Acesso ao Sumário

São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. 8ª edição. P. 886).

Outro não é o entendimento de Marco Antônio Marques da Silva:

"E quais seriam as decisões que não são de mérito, mas possuem força de definitiva e não são abarcadas pelo recurso em sentido estrito? São decisões que resolvem incidentes e procedimentos, por exemplo, as que determinam a restituição de coisas (...) (in Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 856).

De forma que perfeitamente cabível a interposição de recurso de Apelação contra a decisão de indeferimento de restituição de bem apreendido.

Dá-se provimento ao recurso, para cassar a decisão de origem e determinar o processamento do recurso de Apelação interposto pela recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0001971-55.2009.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente/A.M.P. SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, é recorrido BRANCA REGINA FERREIRA PUCCI.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.876)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Estelionato – Reconhecimento da prescrição virtual ou antecipada – Impossibilidade – Inteligência da Súmula 438 do STJ – Prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima cominada em abstrato para o delito – Recebimento da denúncia – Recursos providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A, contra a r. decisão de fls. 665/666, que julgou extinta a punibilidade de **BRANCA REGINA FERREIRA PUCCI**, com relação à imputação do crime previsto no artigo 171, *caput*, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 107, inciso IV, c.c. o artigo 109, inciso VI, ambos do Código Penal.

Pretendem, com os presentes recursos (fls. 670/672 e 684/689), a reforma da r. decisão, afastando-se a extinção da punibilidade da recorrida, para que seja recebida a inicial acusatória.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões a fls. 696/698, e mantida a decisão pelo Juízo *a quo* (fls. 700), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do recurso ministerial (fls. 704/707).

É o relatório.

Os recursos em sentido estrito merecem provimento.

A recorrida foi denunciada como incursa no artigo 171, caput, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, pois, no período compreendido entre junho de 2005 e junho 2008, obteve para si, vantagem ilícita no valor de R$ 45.605,05 (quarenta e cinco mil e seiscentos e cinco reais e cinco centavos), em prejuízo de Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A., induzindo e mantendo os funcionários desta em erro, mediante o meio fraudulento.

O ilustre Magistrado *a quo* entendeu por bem reconhecer, antecipadamente, a prescrição, como medida de economia processual, pois "*A pena a ser imposta, em tese, não passaria de 02 (dois) anos de reclusão (a rigor, seria de 01 ano) A continuidade delitiva, para efeito da contagem da prescrição não deve ser levada em conta – Súmula 497 do C. STF. A prescrição se dá, portanto, em 04 anos, eis que o fato é anterior à Lei n. 12.234/2010. Não há, pois, justa causa para o recebimento da denúncia.*" (fls. 665/666).

Nossa legislação penal prevê apenas duas espécies de prescrição.

A primeira é a prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final se transcorrido prazo superior ao previsto nos incisos do artigo 109 do Código Penal, entre os marcos interruptivos, sendo regulada pela pena em concreto ou pelo máximo cominado ao delito. A segunda é a prescrição da pretensão executória que ocorre depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória.

Ocorre que, o nosso ordenamento jurídico pátrio não prevê a extinção da punibilidade do delito calçada no reconhecimento da prescrição antecipada ou virtual, como ocorreu no caso em comento, baseando-se em eventual pena que

Acesso ao Sumário

poderia vir a ser aplicada ao caso concreto.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 602527, o pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, entendeu ser inadmissível o reconhecimento da prescrição antecipada, reconhecendo, assim, a matéria como de repercussão geral.

> *"AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva "em perspectiva, projetada ou antecipada". Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal."* (STF, RE 602527 QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19.11.2009).

Outrossim, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça fixou este entendimento, por meio da Súmula n.º 438: "*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*".

Na espécie, nota-se que o Juízo a quo realiza um esboço da dosimetria, em caso de condenação da recorrida, encontrando, assim, em quantos anos iria prescrever a pena e, por isso, extingui sua punibilidade. Ocorre que, mostra-se inviável a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição virtual ou antecipada.

Assim sendo, dá-se provimento aos recursos em sentido estrito e recebe-se a denúncia, determinando-se o prosseguimento dos autos em seus ulteriores termos, na origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 9000013-52.2011.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é recorrente ROGERIO VIEIRA DOS SANTOS, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto **25.579**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON

Acesso ao Sumário

BRANDÃO (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 24 de março de 2015

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito – Decisão que negou seguimento a apelação, hostilizando o indeferimento da inquirição de testemunha arrolada na defesa preliminar, dada a impossibilidade de sua identificação – Apelação realmente descabida, em não se cuidando de decisão terminativa ou com força de definitiva – Fungibilidade que, ademais, não viria em proveito do recorrente, por incumbir às partes qualificar as testemunhas arroladas – Impossibilidade de incidência do art. 259 do CPP – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito de decisório que deixou de receber o recurso de apelação interposto pela defesa, ante a ausência de previsão legal.

Sustenta o recorrente o cabimento do reclamo, pois entende que a decisão de fl. 33, que indeferiu a inquirição de testemunha arrolada na defesa preliminar, diante da impossibilidade de sua identificação, tem força de definitiva, razão por que pretende o processamento do apelo (fls. 39/45).

Processou-se o recurso regularmente, advindo contrariedade e sustentação (fls. 46/7 e 49).

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 61/2).

É o relatório.

Inconsistente a insurgência.

Consta dos autos que o réu foi denunciado pela prática do art. 302, "caput", do CTB.

Na data dos fatos, agindo com imprudência, ele teria realizado manobra de ultrapassagem em rodovia, sem observar o trânsito de veículos que rodavam no contra fluxo da pista, vindo a colidir frontalmente com outro automotor, do que resultou a morte de um dos passageiros deste carro (fls. 02/3).

Na defesa prévia, o ora recorrente arrolou como testemunha o "motorista do caminhão de cana-de-açúcar envolvido no acidente" e requereu a remessa dos autos à autoridade policial, a fim de que esta diligenciasse no sentido de qualificar aquele condutor, com base no art. 259 do CPP (fl. 30).

Mas, o douto magistrado indeferiu o pedido nos seguintes termos: *"(...) Por ora, INDEFIRO a inquirição da testemunha arrolada à fl.206 sem*

Acesso ao Sumário

identificação (motorista do caminhão), tendo em vista a impossibilidade de identificação da mesma. Nesse sentido: 'não se pode admitir a apresentação de rol de testemunhas composto por nomes vagos e indefinidos. (...) Logo cabe à defesa (como também à acusação, que o faz na denúncia ou queixa) apresentar todos os dados de qualificação, que permitam identificar, perfeitamente, quem irá depor durante a instrução' (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11. ed., p. 771). Ademais, o artigo 259, do CPP, diz respeito à identificação do acusado e não com relação às testemunhas" (fl. 33).

Houve investida contra tal decisório, vindo o reclamo a ser coarctado, todavia, mediante a motivação que segue: "*Trata-se de 'recurso de apelação' interposto pelo réu em face do despacho de fls. 209, em razão do indeferimento de oitiva de testemunha, cuja identificação não foi fornecida pela parte. Reconhecendo o denodo da nobre defesa, contudo, não pode prosperar sua pretensão, já que impossível ingressar no juízo de admissibilidade esse inconformismo, considerando que vai contra o dispositivo invocado. É que o artigo 593, inciso II, do CPP se refere às decisões não recorríveis por recurso em sentido estrito, mas que sejam definitivas ou tenham força de definitivas, ou seja, 'desde que importe em alguma decisão com força de definitiva, encerrando algum tipo de controvérsia' (NUCCI, Guilherme S., Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 11a. Ed., p.1028). No caso dos autos, não há decisão definitiva ou com força de definitiva, chamadas interlocutórias mistas, que não decidem o mérito, mas põem fim à relação processual (terminativas) ou termo a uma etapa do procedimento (não terminativas), não sendo caso de recurso de apelação. Diante disso, deixo de receber o recurso de apelação interposto, ante a falta de previsão legal na legislação de regência. Aguarde-se a audiência designada*" (consulta ao sistema - SAJ).

Daí o presente recurso em sentido estrito, visando ao recebimento e processamento do apelo.

Decidiu corretamente o douto magistrado ao negar seguimento à apelação, motivo pelo qual encampam-se seus fundamentos, no respeitante.

E, ainda que, por epítrope, se aplicasse o princípio da fungibilidade recursal, razão não assistiria à defesa.

É que, segundo já exaustivamente exposto pelo r. juízo, incumbe tanto à defesa, quanto à acusação a apresentação dos dados de qualificação que permitam identificar as testemunhas arroladas.

E o art. 259 do CPP não socorre o inconformado, eis que se refere apenas ao acusado não identificado, desde que certa a identidade física, cuja qualificação poderá ser retificada a qualquer tempo, evitando-se eventual impunidade.

Nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0051179-85.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é peticionário D.D.S..

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram a revisão criminal e absolveram D.D.S., com fundamento no art. 621, I e III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.494)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), CARLOS BUENO, FÁBIO GOUVÊA, SOUZA NERY, ROBERTO MIDOLLA, OTÁVIO HENRIQUE, SÉRGIO COELHO, RACHID VAZ DE ALMEIDA e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Revisão criminal. Atentados violentos ao pudor. Novas declarações das vítimas, em justificação judicial, a desmentir o que haviam dito. Inexistência, portanto, de prova válida para a condenação, que se tornou contra a evidência dos autos, em face do surgimento de fatos novos. Pedido deferido.

VOTO

D.D.S. foi condenado pela r. 5.ª Vara Criminal de Ribeirão Preto a vinte e cinco anos de reclusão, regime inicial fechado, por infração do art. 214, c.c. o art. 224, a, e art. 226, II (redações anteriores), na forma do art. 71, todos do Código Penal; a r. sentença foi parcialmente reformada pela Egrégia 4.ª Câmara Criminal desta Corte, em Acórdão relatado pelo Des. Eduardo Braga, que diminuir a pena para vinte e quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Acesso ao Sumário

Interpõe revisão, com fundamento no art. 621, I e III, do Código de Processo Penal; diz que após o trânsito em julgado da condenação as pretensas vítimas voltaram atrás, desmentindo a acusação; junta declarações por escrituras públicas e audiência de justificação.

Deferiu-se tutela antecipada para que o requerente pudesse aguardar o julgamento em liberdade e determinou-se a vinda dos autos (fls. 349/350);

com a vinda deles, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo deferimento (fls. 370 e ss.).

É o relatório.

O parecer do eminente Procurador de Justiça MÁRIO DE MAGALHÃES PAPATERRA LIMONGI poderia ser adotado, integral e isoladamente, como razão de decidir: é caso, realmente, de deferir o pedido.

Os fatos ocorreram de 1995 a 1997 (no despacho anterior, erradamente mencionei 1999); por vários percalços processuais acabou condenado nesta Corte somente em 2011, e preso em 2013. (Está solto, mas somente devido a medida antecipatória de tutela.)

Pois bem. Como sói acontecer em casos semelhantes, a única evidência contra o peticionário foi a palavra das vítimas; nem sequer se pode contar com exame direto de materialidade, já que os fatos imputados não deixam vestígios.

Ora, anos depois as vítimas voltam a Juízo e apresentam nova e (também) coerente versão acerca dos fatos: não aceitavam a separação e a forma de tratamento que o pai dispensava à mãe e a elas; sentiam a grande diferença (dos presentes, por exemplo) que ele fazia entre elas e as meio-irmãs do novo casamento. Naturalmente, dada a pouca idade, não tinham ideia clara das consequências que a acusação causaria ao pai.

Sem dúvida é possível, como bem anotou o douto Procurador de Justiça, queiram elas, anos depois, auxiliar o pai (fls. 372); porém, impossível ignorar que as declarações atuais das vítimas, hoje adultas e cientes das consequências que lhes poderiam advir por mentir em Juízo, têm de preponderar. Não é de desprezar, como ressaltei no despacho que deferiu a tutela antecipada (detalhe que também não passou despercebido ao douto Procurador de Justiça), a desistência do atento Promotor de Justiça, na audiência de justificação, de ouvir a testemunha que arrolara (a mãe das ofendidas). A desistência configura clara demonstração de que, tanto quanto a mim e ao douto Procurador de Justiça, as novas declarações das vítimas se lhe mostraram convincentes.

Certo a esta altura não vige o in dubio pro reo; contudo, não se trata disto: ante a nova situação, impossível negar que a condenação se tornou contrária à evidência dos autos, que se resumia a prova que se tornou inexistente.

Ante o exposto, meu voto **defere** a revisão criminal e **absolve** D.D.S., com fundamento no art. 621, I e III, do Código de Processo Penal.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2081449-58.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS DE JAÚ E REGIÃO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JAÚ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JAÚ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.582)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATO IMPUGNADO: LEI COMPLEMENTAR 451/2014, DO MUNICÍPIO DE JAÚ, QUE PROMOVEU A ALTERAÇÃO DA PLANTA GENÉRICA DE VALORES PARA FINS DE CÁLCULO DO IPTU – ASSOCIAÇÃO AUTORA QUE NÃO PREENCHE O REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA DIANTE DA AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE SEUS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS COM A LEI IMPUGNADA – ILEGITIMIDADE

RECONHECIDA – VERIFICAÇÃO, ADEMAIS, DA LITISPENDÊNCIA DESTA AÇÃO COM OUTRA IDÊNTICA AJUIZADA PELA OAB/SP – PROCESSO OBJETIVO QUE NÃO EXIGE IDENTIDADE DE PARTES PARA O RECONHECIMENTO DO IMPEDITIVO – PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 267, INCISOS V E VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPUGNAÇÃO AOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA REJEITADA.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Aposentados e Pensionistas de Jaú e Região objetivando a suspensão da eficácia e aplicação da Lei Complementar Municipal nº 451, de 11 de setembro de 2013, que atualizou os valores da Planta Genérica de valores para cálculo do IPTU em percentuais que chegam a 40%.

Sustenta a autora que os valores venais dos imóveis sofreram aumentos desproporcionais e que este aumento injusto e arbitrário atinge os integrantes das categorias por ela representadas, quais sejam, os aposentados e pensionistas de Jaú e Região, que não tiveram reajustes proporcionais em suas aposentadorias e pensões.

Alega que a legislação fere os princípios da razoabilidade, da capacidade contributiva e da vedação do efeito confiscatório do imposto.

Argumenta que o aumento levado a efeito pela Lei é desproporcional à inflação medida no período decorrido desde a última alteração da planta genérica de valores e que não há no processo legislativo nenhum estudo ou pesquisa que demonstrasse tal valorização e que pudesse ter servido de parâmetro para a atualização.

Acrescenta que a legislação ofende o disposto no artigo 144, da Constituição Federal que claramente comprova a natureza limitada da autonomia municipal e que o poder de tributar não pode ser instrumento de arbitrariedade.

A liminar foi indeferida (págs. 139/140) e os benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos (pág. 144).

Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou ausência de interesse na defesa do ato, uma vez que os dispositivos atacados tratam de matéria exclusivamente local (págs. 150/152).

A Municipalidade prestou as informações às págs. 161/170.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela extinção do feito sem

Jurisprudência - Órgão Esperical

Acesso ao Sumário

resolução do mérito e, caso superada a preliminar, pela improcedência do pedido.

Peticionou o Prefeito de Jaú, às págs. 296/299 alegando conexão desta com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2104685-39.2014.8.26.0000 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo em face da mesma legislação municipal.

É o relatório.

Com efeito, a autora não possui legitimidade para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Às entidades de classe elencadas como legitimadas para tal no artigo 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo é exigido o requisito da pertinência temática.

No caso em tela, não vislumbro qualquer relação entre o ato impugnado com os objetivos institucionais da associação. Seu estatuto social estabelece no artigo 1º, § 2º sua finalidade de atendimento às pessoas aposentadas e pensionistas, promovendo reuniões sociais, cívicas, culturais, recreativas, esportivas e de promoção da assistência à saúde, proporcionando os meios necessários às suas realizações.

Com efeito, como bem ponderou o douto Procurador de Justiça oficiante nos autos, *a lei impugnada inova a legislação urbanística local sem reflexo direto e imediato em relação aos seus filiados* (págs. 286/294).

Não bastasse isso, conforme noticiado nestes autos digitais, foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2104685-39.2014.8.26.0000 cujo objeto era, assim como nesta ação, a declaração de inconstitucionalidade da LC 451/2013, do Município de Jaú.

O feito foi a julgamento no dia 22 de outubro p.p., conforme ementa que ora transcrevo:

> *Ação Direta de Inconstitucionalidade. Adequado ajuizamento pela Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, mediante procuração regularmente outorgada por seu Presidente. Preliminar de irregularidade da representação processual rejeitada. Lei Complementar nº 451/2013, do Município de Jahu, que alterou a planta genérica de valores da localidade, para fins de cálculo e lançamento do IPTU, para o exercício de 2014. Ausência de inconstitucionalidade. Possibilidade de o Município promover, segundo critérios de conveniência e oportunidade, pautados na supremacia do interesse público, a revisão da planta genérica de valores da localidade, para que seja alcançado o valor real dos bens imóveis situados nos seus limites, sem prejuízo de sujeitar-se o administrador municipal ao crivo político dos respectivos cidadãos.*
>
> *Revisão que não implica, por si só, em confisco ou violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva. Eventual*

desproporção entre o valor real dos imóveis e o valor venal obtido a partir da atualização da planta genérica que, por envolver matéria de fato, não pode ser objeto de exame na via do controle direto. Ação julgada improcedente. (Adin nº 2104685-39.2014.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Roberto Mário Mortari, julgado em 22/10/2014).

Como não há notícia, ainda, do trânsito em julgado da referida decisão, seria inviável o reconhecimento da coisa julgada, o que imporia fosse reconhecida a litispendência que, conforme o disposto no artigo 267, V, do Código de Processo Civil, igualmente acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Nem se argumente com a ausência de identidade de partes por ter sido aquela ação ajuizada pela OAB e esta pela Associação dos Aposentados e Pensionistas de Jaú e Região.

Com efeito, na ação direta de inconstitucionalidade o processo é objetivo e os legitimados, no caso elencados no artigo 90, da Constituição do Estado, são representantes da coletividade (partes meramente formais), sendo irrelevante para o reconhecimento da litispendência tal identidade de partes, bastando que o ato impugnado seja o mesmo.

Assim sendo, a presente ação é repetição de outra idêntica que embora não definitivamente, já foi julgada, ensejando, também por este motivo, a extinção do presente feito.

Com relação à impugnação aos benefícios da Justiça Gratuita, inviável o acolhimento já que os documentos trazidos pela impugnante (págs. 179/184) são insuficientes a permitir a conclusão da possibilidade da autora de arcar com as custas e despesas processuais.

Isto posto, julgo extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, V e VI, do Código de Processo Civil, observada a condição de beneficiária da Justiça Gratuita da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101545-94.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ROSANA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ROSANA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25387)**

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Município de Rosana que autoriza a revisão anual do subsídio dos Vereadores, em caso de aumento do número de habitantes no Município de Rosana, bem como autoriza a vinculação do subsídio do Prefeito e Vice-Prefeito ao maior vencimento pago aos servidores públicos municipais. Impossibilidade de alteração do subsídio na mesma legislatura. Impossibilidade da vinculação entre subsídios dos agentes políticos municipais e o dos servidores públicos municipais para fins de revisão geral anual. Inteligência do artigo 115, XI, e 144, da Constituição Estadual. Vedação à fixação ou alteração da remuneração dos Vereadores durante a legislatura. Ação procedente.

VOTO

A Procuradoria Geral de Justiça propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.307, de 27 de março de 2012, do Município de Rosana, que autoriza a revisão anual do subsídio dos Vereadores, caso se verifique aumento do número de habitantes no Município de Rosana, bem como autoriza a vinculação do subsídio do Prefeito e Vice-Prefeito ao maior vencimento pago aos servidores públicos municipais.

Acesso ao Sumário

Sustenta que a lei instituiu o direito à revisão geral anual do subsídio dos Vereadores, vinculando-a à certidão ou atestado fornecido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) anualmente, bem como do Prefeito e Vice-Prefeito, mediante vinculação aos vencimentos dos servidores públicos municipais, padecendo de inconstitucionalidade, em nítida ofensa ao artigo 115, XV, da Constituição Estadual, que reproduz o artigo 37, XIII, da Constituição

Federal, bem como ao artigo 29, VI, da Constituição Federal, aplicável por força do artigo 144 da Constituição Estadual de São Paulo.

Aduz que o ordenamento constitucional não autoriza a vinculação entre os subsídios dos agentes políticos municipais e o dos servidores públicos municipais para fins de revisão geral anual, eis que o direito subjetivo a essa revisão anual é exclusivo dos servidores públicos e dos agentes políticos expressamente indicados na Constituição da República, como magistrados e membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, em virtude do caráter profissional de seu vínculo à função pública, de acordo com o que dispõe o artigo 115, XI, da Constituição Estadual e artigo 37, X, da Constituição Federal.

Afirma ainda que de acordo com a doutrina e jurisprudência é vedada a fixação ou alteração da remuneração dos Vereadores durante a legislatura. Cita jurisprudência do STF (RE 122.521-MA, DJ 06.12.1991) e deste Tribunal (TJSP, Incidente de Inconstitucionalidade 161.056-0/00, Órgão Especial, j. 13.08.2008) no sentido de ser de competência privativa da Câmara Municipal fixar, até o final da legislatura, para vigorar na subsequente, a remuneração dos vereadores.

Acrescente ainda que o atrelamento automático da revisão dos subsídios dos agentes políticos municipais aos vencimentos dos servidores públicos municipais é inconstitucional, pois a alteração dos valores devidos a estes implica a automática modificação dos subsídios dos agentes políticos, desconsiderando a diversidade do regime jurídico da remuneração dos agentes políticos municipais detentores de mandato eletivo e investidos em cargos comissionados. Cita alguns julgados: STF, ADI 3.491-RS, DJ 23.03.2007; TJSP, ADI 994.09.002644-6, Órgão Especial, j. 10.02.2010; e TJSP, II 161.056-0/0, Órgão Especial, j. 13.08.2008.

Pleiteia a procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 1º, § 1º, 2º e 3º, da Lei 1.307, de 27 de março de 2012, do Município de Rosana.

Foi deferida a liminar (fls.79/83).

Interpôs a Prefeitura de Rosana embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos da liminar (fls. 272/308), sendo que este C. Órgão Especial acolheu os embargos para determinar que os subsídios passassem a ser aferidos segundo a base de cálculo existente na época da fixação pela Lei Municipal nº 1.307/2012, sem a incidência de revisão geral anual como proposta na Lei Municipal citada, corrigidos apenas pelos índices do IPCA, até o julgamento final da ação (fls.317/323).

O Presidente da Câmara Municipal de Rosana prestou informações (fls. 90/315).

A Prefeita do Município de Rosana ofertou informações a fls. 255/259,

Acesso ao Sumário

sustentando que a lei impugnada cumpre o que determinam os artigos 44, VII (*atribuição da Mesa da Câmara de apresentar, através de projeto de lei, o valor da remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores para a legislatura subsequente*) e 85 ("*A remuneração do Prefeito e Vice-Prefeito, que no momento da fixação, não poderá ser inferior ao maior padrão de vencimento pago a servidor do Município, que conte no mínimo um ano de exercício no cargo ou função, será estabelecida pela Câmara ao fim da legislatura, para vigorar na seguinte, porém, antes da eleição do novo Prefeito e do Vice-Prefeito, podendo a Lei fixar quantias progressivas para cada ano do mandato, observando-se o que dispõe os artigos 37 XI; 39, § 4º; da Constituição Federal*") da Lei Orgânica Municipal. Entende não haver motivos para a declaração de inconstitucionalidade, fazendo-se uma interpretação conforme a Constituição, determinando-se que os subsídios sejam fixados com base nos valores aferidos na época da edição da lei objeto da presente ação. Pleiteia que, caso seja declarada a inconstitucionalidade do texto normativo, que se aplique o efeito *ex nunc*, uma vez que se trata de verbas de natureza alimentar. Requer a improcedência da ação.

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado de São Paulo emite parecer no sentido de que lhe falece interesse na defesa do ato impugnado, por tratar de matéria exclusivamente local. (fls. 263/265).

A D. Procuradoria Geral de Justiça é pela procedência da ação (fls. 333/338).

É o relatório.

Cumpre salientar, de início, que não obstante controversa a questão acerca da possibilidade deste C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna lei municipal, verificar a existência de ofensa à Constituição Federal, e estando pendente o julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário RE 650898 RG/RS, no C. Supremo Tribunal Federal, considerando que esta Corte já apreciou o mérito de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade sobre a matéria, passa-se a análise da questão em toda a sua extensão.

Acesso ao Sumário

"PROCESSO OBJETIVO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONFLITO DE LEI MUNICIPAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CRIVO IMPLEMENTADO – SUBSÍDIO – GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS, 13º SALÁRIO E VERBA INDENIZATÓRIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da viabilidade de órgão especial de tribunal de justiça, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna lei municipal, verificar a existência de ofensa ao Diploma Maior. Igualmente, tem repercussão geral a questão relativa à possibilidade, ou não, de haver a satisfação de subsídio acompanhada do pagamento de

outra espécie remuneratória." (RE 650898 RG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 06/10/2011, DJe-206 DIVULG 25-10-2011 PUBLIC 26-10-2011 EMENT VOL-02615-02 PP-00191)

Ademais, como bem salientado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, "*De outra parte, o art. 144 da Constituição Estadual, que determina a observância na esfera municipal, além das regras da Constituição Estadual, dos princípios da Constituição Federal, é denominado* '*norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal*', *como averbou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo* (*STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010).*"

A lei impugnada assim dispõe:

"*Artigo 1º. O* ***subsídio dos Vereadores*** *da Câmara Municipal de Rosana para a legislatura de 2013 a 2016, obedecerá aos limites determinados pelo inciso VI e respectivas alíneas e inciso VII, ambos do artigo 29 da Constituição Federal, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 25 de 14 de fevereiro de 2000.*

§ 1º. ***Certidão ou atestado fornecido pelo IBGE*** *(Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)* ***anualmente****, vai determinar a efetiva aplicação da alínea do inciso VI, do Artigo 29 da Constituição Federal que se enquadra o Município de Rosana, para efeito de pagamento do Subsídio dos Vereadores, ficando mantido para efeitos desta lei o número de habitantes existentes quando da apresentação do projeto de lei.*

§ 2º. O valor do subsídio dos Vereadores da Câmara Municipal de Rosana para a legislatura de 2013 a 2016, será no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Artigo 2º. O ***subsídio do Prefeito*** *do Município de Rosana para a legislatura 2013 a 2016 fica fixado no valor correspondente a* ***2,5 (duas vezes e meia) do maior valor salarial pago aos servidores municipais****, do Poder Executivo ou Legislativo.*

Artigo 3º. O ***subsídio do Vice-Prefeito*** *do Município de Rosana para a mesma legislatura fica fixado no valor correspondente a* ***1,5 (uma vez e meia) do maior valor salarial pago aos servidores municipais****, do Poder Executivo ou Legislativo.*

Artigo 4º. Esta Lei Municipal entrará em vigor a partir de 1º (primeiro) de Janeiro de 2013, revogadas as disposições em contrário."

Trata referida lei, pois, sobre a alteração do subsídio na mesma legislatura, bem como a vinculação de subsídios.

De acordo com o que leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 242, os

subsídios foram criados com o intuito de tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos, impedindo que fosse constituída por distintas parcelas que se agregassem de maneira a elevar-lhes o montante.

"Subsídio é a denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetua por meio dos pagamentos mensais de parcelas únicas, ou seja, indivisas e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie".

Remunerar-se-ão por subsídio os agentes políticos, dentre os quais se incluem Prefeito, Vice-Prefeito (artigo 29, V, CF) e Vereadores (art. 29, VI, CF).

Duas são as questões a serem tratadas: se a revisão geral anual do subsídio dos Vereadores pode estar vinculada à certidão ou atestado fornecido pelo IBGE expedida anualmente e se o direito à revisão geral anual do subsídio do Prefeito e Vice-Prefeito pode estar atrelado ao vencimento dos servidores públicos municipais.

De início, cumpre salientar os seguintes dispositivos:

Os artigos 29 e 37 da Constituição Federal:

"***Art. 29***. *O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*

***V** – **subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito** e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os **arts. 37, XI, 39, § 4º**, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;*

***VI** – o **subsídio dos Vereadores** será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais **em cada legislatura para a subsequente**, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:*

a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais.

***VII** – o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do Município.*"

"***Art. 37**. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

***X** – a **remuneração dos servidores públicos** e o **subsídio** de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, **assegurada revisão geral anual**, sempre na mesma data e sem distinção de índices;*

***XIII** – é **vedada** a **vinculação** ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de **remuneração de pessoal do serviço público**;*"

"***Art. 39**. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.*

***§ 4º** O membro de Poder, o **detentor de mandato eletivo**, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais **serão remunerados exclusivamente** por **subsídio** fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, **obedecido**, em qualquer caso, o disposto no **art. 37, X e XI**.*"

E os artigos da Constituição do Estado de São Paulo:

"***Artigo 111**. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, **moralidade**, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*"

"***Artigo 115**. Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:*

***XI** – a **revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos**, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso;*

***XV** – é **vedada** a **vinculação** ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, observado o disposto na Constituição Federal.*"

Acesso ao Sumário

"***Artigo 144****. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica,* ***atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição****.*"

Como se sabe, as disposições da Constituição Federal, no que couber, aplicam-se por simetria aos Estados e aos Municípios, questão já assentada pela mais Alta Corte do País.

Certo é que não se questiona a possibilidade de reajuste anual dos subsídios dos Vereadores, Prefeito e Vice-Prefeito em razão do permissivo constitucional contido no artigo 37, inciso X e artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, entretanto, não poderia ter sido da forma como elaborou o Município de Rosana na lei ora impugnada.

Ivan Barbosa Rigolin, em seu artigo "Servidores Públicos. O art. 37 da Constituição", *in* Tratado de Direito Municipal, São Paulo: Quartier Latin, volume 1, p. 514/515, ao discorrer sobre o inciso X, do artigo 37, da Constituição Federal bem esclarece:

"*Só lei específica, em sentido estrito e formal (Lei nº..., de .... de ... de ...), fixa e altera a remuneração dos servidores públicos, e também alguns dos subsídios de algumas carreiras assim remuneradas. Quanto aos agentes políticos que percebem subsídios, não são objeto desse artigo. Não se fala em decreto, decreto legislativo, resolução, ato de Mesa, portaria, coisa alguma senão lei formal. É a aplicação estrita do princípio da legalidade da despesa pública;*

O Executivo inicia projeto de lei que fixe ou altere a remuneração dos servidores desse Poder; o Legislativo, idem; o Judiciário, idem. Caso ao longo do exercício isso não ocorra, então, no mínimo, o que todos esses servidores de todos os Poderes têm assegurada é uma revisão geral anual, por lei de iniciativa necessariamente do Executivo. Nesse caso, o índice será um só para todos, sem diferenças por Poder."

Os subsídios dos Vereadores deverão obedecer à regra da antecedência da legislatura, pela aplicação do princípio da moralidade, devendo ser fixados em uma legislatura, para serem aplicados a partir da próxima legislatura.

Ora, a lei questionada permite a alteração do subsídio dos Vereadores dentro de uma mesma legislatura em caso de aumento do número de habitantes, eis que prevê o reajuste anual do subsídio dos Vereadores de acordo com certidão emitida anualmente pelo IBGE, o que implicaria o aumento anual do teto máximo do subsídio dos vereadores em razão do aumento do percentual relativo ao subsídio dos Deputados Estaduais.

Acesso ao Sumário

Essa é a interpretação dada aos dispositivos constitucionais:

"*VEREADORES. REMUNERAÇÃO. COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 29, INCISO V. É da*

competência privativa da Câmara Municipal fixar, até o final da legislatura, para vigorar na subsequente, a remuneração dos vereadores. O sistema de remuneração deve constituir conteúdo da Lei Orgânica Municipal – porque se trata de assunto de sua competência –, a qual, porém, deve respeitar as prescrições estabelecidas no mandamento constitucional (inciso V do artigo 29), que é norma de eficácia plena e auto-aplicável. Recurso extraordinário não conhecido."

(RE 122521, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 19/11/1991, DJ 06-12-1991 PP-17827 EMENT VOL-01645-02 PP-00282 RTJ VOL-00140-01 PP-00269)

De outra forma, os subsídios do Prefeito e Vice-Prefeito não poderão estar vinculados à revisão geral dos vencimentos do funcionalismo público, de acordo com o disposto no artigo 115, inciso XV, da Constituição do Estado de São Paulo, que reproduz o artigo 37, XIII, da Constituição Federal, que veda a vinculação ou equiparação de qualquer espécie remuneratória para efeito de remuneração de pessoal do serviço público. Tal disposição visa evitar o aumento em cadeia.

O C. Supremo Tribunal Federal já decidiu a matéria:

"*CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI Nº 11.894, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2003. – A Lei Maior impôs tratamento jurídico diferenciado entre a classe dos servidores públicos em geral e o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais. Estes* ***agentes públicos****, que se situam no topo da estrutura funcional de cada poder orgânico da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, são* ***remunerados exclusivamente por subsídios****, cuja fixação ou alteração é matéria reservada à lei específica, observada, em cada caso, a respectiva iniciativa (incisos X e XI do art. 37 da CF/88). – O dispositivo legal impugnado,* ***ao vincular a alteração dos subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado às propostas de refixação dos vencimentos dos servidores públicos em geral*** *ofendeu o inciso XIII do art. 37 e o inciso VIII do art. 49 da Constituição Federal de 1988. Sobremais, desconsiderou que todos os dispositivos constitucionais versantes do tema do reajuste estipendiário dos agentes públicos são manifestação do magno princípio da Separação de Poderes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente. (ADI 3491, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2006, DJ 23-03-2007 PP-00071 EMENT VOL-02269-01 PP-00138 RTJ VOL-00201-02 PP-00530 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 58-63)*

Wallace Paiva Martins Junior, em seu artigo "Agentes políticos", *in* Tratado de Direito Administrativo, Coordenação Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Saraiva, 2013, volume 2, p. 147/148, trata sobre o assunto:

Acesso ao Sumário

"*O regime remuneratório dos* ***agentes políticos municipais*** *é diferenciado, tendo experimentado várias mutações na Constituição de 1988. A fixação (e, por simetria, a alteração nominal ou real) sob o ângulo formal é atendida por atos normativos de espécie diversa, pois o subsídio dos agentes políticos do Poder Executivo demanda lei de iniciativa da Câmara (art. 29, V), enquanto o dos edis se contenta com resolução (ou decreto legislativo), com observância da regra da legislatura (art. 29,VI), além de limites estabelecendo relação proporcional entre densidade demográfica e limite do subsídio dos deputados estaduais (art. 29, VI, a a f), montante da receita municipal (arts. 29, VII, e artigo 29-A). O teto no âmbito municipal é o subsídio do prefeito (art. 37, XI, da Constituição de 1988). Os limites dos subsídios dos parlamentares estaduais e municipais em relação aos dos parlamentares federais e estaduais, respectivamente, não significam vinculação, como também os demais limites. A vinculação automática dos subsídios dos vereadores aos dos deputados estaduais viola a autonomia municipal, assim como a dos deputados estaduais aos dos deputados federais afronta a autonomia estadual, pois 'dentro dos limites estipulados pela norma, o legislador local poderá estabelecer o valor que melhor lhe convier. (...)*

Não é lícito ao Município fixar os subsídios de seus edis *a determinado percentual da receita orçamentária (além do que isso afrontaria a regra da anterioridade da legislatura e o artigo 167, IV), assim como a* ***vinculação do reajuste dos subsídios dos agentes políticos à revisão dos servidores públicos****. A* ***regra da antecedência da legislatura é restrita aos parlamentares dos Municípios e repousa no princípio da moralidade administrativa, consistindo na impossibilidade de alteração da fixação do subsídio na própria legislatura. Sua violação é lesiva ao patrimônio público e à moralidade administrativa, devendo a fixação ocorrer em momento anterior à eleição****.*

(...) ***Não têm direito à revisão geral anual, cingida que é aos servidores públicos, e, aliás, em relação aos parlamentares municipais, a regra é da inalterabilidade do subsídio durante a legislatura****, pois é da competência privativa da Câmara Municipal fixar, até o final da legislatura, para vigorar na subsequente, a remuneração dos vereadores'.*"

Esse E. Órgão Especial já firmou entendimento em inúmeros julgados:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 1º, § 1º, da Lei 2.237/2012, de Louveira – Vinculação dos subsídios do* ***Prefeito****,* ***Vice-Prefeito*** *e Secretários Municipais,* ***estabelecendo reajuste na mesma data e com mesmo índice dos servidores públicos municipais*** *– Violação aos artigos 115, XV, da Constituição Estadual, e 37, XIII, da Constituição Federal – Precedentes do Órgão Especial – Inconstitucionalidade declarada – Ação procedente.*" (*TJSP, ADIN 2032060-07.2014.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 30.07.2014)*

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Art. 2º da Resolução 03/12, da*

Acesso ao Sumário

Câmara Municipal de Tupã – Vinculação da revisão dos subsídios dos vereadores à dos demais servidores – Inadmissibilidade – Vinculação que ofende o art. 115, XV, da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade – Precedentes deste Órgão Especial – Ação julgada procedente.” (TJSP, ADIN 0078162-58.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 28.05.2014)

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2.º da Lei Municipal nº 3.467, de 16 de dezembro de 2011 e artigo 2.º da Lei Municipal nº 3.465, de 16 de dezembro de 2011, que dispõem que os subsídios do ***Prefeito e do Vice-Prefeito*** *e dos Secretários Municipais do Município de Vinhedo ‘****serão revistos nas mesmas datas e índices que forem aplicadas na revisão geral anual dos Servidores Públicos Municipais****’ (...)*

Alegação de ofensa às disposições dos artigos 111 e 115, incisos XI e XV, e art. 144 da Constituição Estadual. Reconhecimento. Não existe dúvida quanto à possibilidade de revisão geral anual dos subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais, em razão do que vem disposto no art. 37, inciso X, da Constituição Federal; mas, essa revisão, embora possível, não pode ficar atrelada aos mesmos índices da revisão geral anual dos servidores públicos, porque esse vínculo de revisão (entre os subsídios e os vencimentos) configura ofensa ao art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal e art. 115, inciso XV, da Constituição Estadual. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.” (TJSP, ADIN 2014982-97.2014.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Luiz Pires Neto, j. 04.06.2014)

“Arguição de inconstitucionalidade – Artigos de leis municipais que fixam os valores dos ***subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores****, estabelecendo que deverão ser os mesmos* ***atualizados e revistos anualmente na mesma data e índices aplicados aos servidores municipais*** *– Dispusessem referidos dispositivos que mencionados reajustes se verificariam, anualmente, em índice equivalente à correção monetária, não haveria inconstitucionalidade, pois se estaria simplesmente procedendo à revisão anual da remuneração de servidores públicos municipais, como autoriza a Constituição da República, no artigo 37, X – Inconstitucionais, todavia, são eles, pois a determinação de que o reajuste dos subsídios siga sempre o mesmo percentual de aumento do funcionalismo em geral viola a regra de vedação de equiparação ou vinculação de remuneração, e, ainda, no tocante aos Vereadores, a de proibição de que assim se faça na mesma legislatura, de acordo, respectivamente, com os artigos 37, XIII, da Constituição Federal, e artigo 115, XV, da Constituição do Estado, e o artigo 29, VI, da Constituição da República. Arguição julgada procedente.*

Os subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito e dos Vereadores, então, estariam sendo majorados exatamente na mesma proporção do aumento da remuneração dos demais servidores, em vedada equiparação ou

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

vinculação de remuneração, conforme disposto no artigo 37, XIII, da Constituição Federal, e artigo 115, XV, da Constituição do Estado, e, ainda, no tocante aos Vereadores, na mesma legislatura, de acordo com o que estabelece o artigo 29, VI, da Constituição da República.

Uma coisa é o reajuste anual de subsídios de conformidade com o índice inflacionário, consubstanciando permitida revisão anual, bem outra é a determinação de que o reajuste dos subsídios siga sempre o mesmo percentual de aumento do funcionalismo em geral." *(TJSP, ADIN 0091451-58.2013.8.26.0000, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 26.06.2013)*

"*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal que institui décimo-terceiro subsídio para Secretários Municipais e manda* ***reajustar os subsídios nas mesmas épocas e pelos mesmos índices do reajuste geral anual dos vencimentos dos servidores públicos****. Inconstitucionalidade reconhecida ante o disposto nos artigos 115 inciso XV e 124 § 3º da Constituição de São Paulo. Inaplicabilidade aos Secretários Municipais, contudo, da regra da anterioridade da legislatura, eis que reservada ao subsídio dos Vereadores (art. 29, inciso VI, da Constituição Federal). Ação procedente.*" *(TJSP, ADIN 0202412-66.2013.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 30.07.2014)*

Isso posto, **julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 1º, artigo 2º e 3º, da Lei n. 1.307, de 27 de março de 2012, do Município de Rosana.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2192043-42.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITATIBA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTA A AÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.293/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA

RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 16, 17, 20, 21, 26 a 29, 32, 33, 36 a 43, 49, 52, 55, 57, e 59 a 62, da Resolução nº 05/09, com redação conferida pela Resolução nº 15/10, e da expressão "Assistente Parlamentar", insculpida tanto no art. 63, como no inciso II e §§ 3º e 4º do art. 44, todos da Resolução nº 09/05, editada pela Câmara Municipal de Itatiba, criando cargos comissionados, violando os artigos 98 a 100, 111, 115, I, II e V, e 144, da Constituição Estadual.

1. Superveniência da Resolução nº 17/2014, dispondo sobre a organização e estrutura administrativa daquela Casa legislativa, que, em seu artigo 106, revogou expressamente a anterior Resolução 05/2009, e subsequentes alterações.

2. Julgaram extinta a ação, sem conhecimento do mérito, pela perda superveniente do objeto.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade manejada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em face dos artigos 16, 17, 20, 21, 26 a 29, 32, 33, 36 a 43, 49, 52, 55, 57, e 59 a 62, da Resolução nº 05/09, com redação conferida pela Resolução nº 15/10, e da expressão "Assistente Parlamentar", insculpida tanto no art. 63, como no inciso II e §§ 3º e 4º do art. 44, todos da Resolução nº 09/05, editada pela Câmara Municipal de Itatiba, criando cargos de provimento em comissão, violando os artigos 98 a 100, 111, 115, I, II e V, e 144, da Constituição Estadual.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A Ação perdeu seu objeto, pela revogação da norma submetida a este controle de constitucionalidade.

Realmente, conforme noticiado pela Câmara Municipal de Itatiba,

Acesso ao Sumário

sobreveio, a partir de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público, a Resolução nº 17/2014, dispondo sobre a organização e estrutura administrativa daquela Casa legislativa, que, em seu artigo 106, revogou expressamente a anterior Resolução nº 05/2009, e subsequentes alterações (fls. 255/261).

Forçoso reconhecer-se, pois, a perda superveniente do objeto, com a consequente extinção da ação, sem conhecimento do mérito, desfecho sugerido pelo próprio autor desta ação, em seu parecer de fls. 318/320.

3. "*Itis positis*", pelo meu voto julgo extinta a ação, sem conhecimento do mérito, pela perda superveniente do objeto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2149660-49.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.911)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS Nº 1.442, 1.443, 1.444 E 1.445, DE 11 DE JULHO DE 2007, DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA – ATRIBUIÇÃO DE DENOMINAÇÃO A VIAS PÚBLICAS – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER

LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – LEI QUE DISCIPLINA MATÉRIA PRÓPRIA DE GESTÃO PÚBLICA, EM ATO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – ATOS LEGISLATIVOS IMPUGNADOS, ADEMAIS, QUE ACARRETAM CRIAÇÃO DE DESPESA SEM INDICAR RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 25, 47, INCISOS II E XIV, E 144 DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE.

Jurisprudência - Órgão Especial

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra disposições contidas nas Leis nº 1.442, 1.443, 1.444 e 1.445, todas de 11 de julho de 2007, do Município de Caraguatatuba, atribuindo denominação de vias públicas em propriedade alegadamente particular, na orla marítima da Praia da Mococa.

Delineada ***causa petendi*** repousa na sustentada inconstitucionalidade formal dos diplomas normativos impugnados, originados por iniciativa parlamentar, a despeito de envolver matéria inerente à Administração Pública, além da criação de despesa sem indicação da respectiva fonte de custeio, daí decorrendo ofensa a dispositivos da Constituição Bandeirante (artigos 5º, 22, 25, 44, 47, incisos II e XIV, e 144).

Liminar indeferida a fls. 95/96, inalterada pelo ***decisum*** de fls. 175/176, que analisou pedido de reconsideração formulado (fls. 104/107).

Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 179/181, apontando desinteresse na defesa das leis contrastadas, por tratar de matéria exclusivamente local.

A Câmara Municipal de Caraguatatuba prestou informações e acostou documentos a fls. 185/338.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 340/346, opinou pela procedência do pedido, apontando, no interessante, violação ao princípio da separação dos poderes, embora sustente inexistir mácula ao art. 25 da Carta Paulista.

Acesso ao Sumário

É o Relatório.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico as Leis nº 1.442, 1.443, 1.444 e 1.445, todas de 11 de julho de 2007, do Município de

Caraguatatuba (fls. 15, 22, 28 e 34, respectivamente), atribuindo denominação de vias públicas em propriedade alegadamente particular.

Os atos legislativos impugnados têm gênese nos Projetos de Lei nº 64/2007, 65/2007, 66/2007 e 67/2007, todos de autoria do Vereador Aurimar Mansano (fls. 16, 23, 29 e 35), sendo alvo de pareceres contrários da assessoria jurídica da Câmara Municipal (fls. 18, 25, 31 e 38), uma vez que as respectivas áreas envolvidas seriam de propriedade particular.

Inicialmente, não se recusa competência legislativa do ente Municipal para disposição envolvendo tema de interesse eminentemente local, no que se inclui a denominação de logradouros públicos, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição da República.

Sabe-se, também, que a validade do ato legislativo não guarda vinculação exclusiva à matéria nele regulada, que deve apresentar compatibilidade vertical com aquelas que lhe servem de parâmetro – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que o antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura e integral inserção no ordenamento jurídico.

A Constituição da República adotou em seu artigo 61 sistema pluralístico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo ordinariamente a prerrogativa a sujeitos diversos. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Tratando-se de norma vinculada ao princípio da simetria, seus preceitos devem ser observados nas respectivas Cartas dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem assim nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, à luz do que dispõe o art. 144 da Constituição Bandeirante (“*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*”).

Nesse sentido, já definiu o C. Supremo Tribunal Federal:

“***As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros.***” (ADI 2719, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 25-04-2003) – negritou-se.

Cediço que ao Legislativo local compete ordinariamente a edição de normas gerais, de caráter abstrato e coativo, a serem observadas pelos munícipes, no que se incluem os integrantes da própria administração municipal.

Inarredavelmente e na linha do fundamentado parecer ministerial subscrito

Acesso ao Sumário

pelo D. Subprocurador-Geral de Justiça (fls. 340/346), as disposições do ato normativo impugnado revelam ingerência, pelo Poder Legislativo, na esfera do Executivo Municipal, ao invadir seara de ato concreto de administração.

"*... nada obsta que o nome dado a determinado logradouro público cumpra não só a função de permitir sua identificação e exata localização, mas sirva também para homenagear pessoas ou fatos históricos, segundo os critérios previamente fixados em lei editada para regulamentar essa matéria.*

Em suma, a Câmara pode, por meio de lei, compelir o Prefeito a atender tal determinação, sem usurpar sua função. Mas não poderá, como ocorre na hipótese vertente, editar norma de conteúdo concreto e individualizante, conferindo a denominação de logradouro específico. (...)

... a Câmara não pode arrogar a si a competência para autorizar a prática de atos concretos de administração. E a nomenclatura de logradouros públicos – que constitui atividade relacionada ao serviço público municipal de sinalização e identificação – enquadra-se exatamente nessa hipótese, resultando, daí, a conclusão de que a lei em epígrafe é manifestamente incompatível com o princípio da separação dos poderes".

Ao pretender dispor sobre nomenclatura de logradouros públicos específicos, outorgando ao ato normativo concretude e individualidade, afere-se que competia respectiva iniciativa legislativa ao Poder Executivo, porquanto atividade relacionada ao serviço público municipal de sinalização e identificação. Trata-se, inequivocamente, de tema próprio de **organização administrativa** (artigo 61, § 1º, II, 'b', Constituição da República), adentrando seara atinente às realizações materiais inerentes à Administração, alterando a rotina e estrutura das unidades administrativas.

Logo, a deflagração do processo legislativo competia, privativamente, ao Chefe do Executivo Municipal, à luz do que dispõe o artigo 47, incisos II ("*exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual*") e XIV ("*praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo*"), c.c. artigo 144 da Constituição Estadual.

In casu, a iniciativa legislativa é atribuída ao Vereador Aurimar Mansano (fls. 16, 23, 29 e 35), o que reflete grave mácula dos atos legislativos promulgados, abalando a independência e separação dos Poderes asseguradas no art. 5º da Constituição Bandeirante ("*São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*"). Registra-se, também, pareceres contrários da Assessoria Jurídica da própria Câmara Municipal, onde se destacou tratar-se de "*propriedade particular, insusceptível de oficialização pelo Poder Público*" (fls. 18, 28, 31 e 38).

O princípio da separação dos poderes também é consagrado no texto da

Acesso ao Sumário

Carta Magna (art. 2º, CR), inclusive rotulado de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso III, CR) como garantia da ordem constitucional instituída. Sobre o tema, Uadi Lammêgo Bulos[1] explica:

"*Conforme esse princípio, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Trata-se, pois, de um conceito que tem por base a ideia de limitação, baseada na fórmula clássica de Montesquieu segundo a qual o poder deve* frear *o poder. Resultado: quaisquer tentativas no sentido de instaurar* instâncias hegemônicas de poder *padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República. O pórtico em análise funciona como parâmetro de observância indispensável à exegese das normas constitucionais, sendo uma das vigas-mestras da Constituição de 1988. Veja-se que, em rigor, o poder político é* uno *(não se biparte, esfacelando seu conteúdo) e* indecomponível *(não se divide, cindindo a sua forma). Por isso, quando falamos em separação de Poderes estamos nos reportando a uma separação de funções estatais, conferidas a órgãos especializados para cada atribuição. Algumas funções são típicas, próprias ou preponderantes. Assim, cumpre ao Legislativo elaborar pautas de comportamentos gerais, abstratas e impessoais, é dizer, as leis; ao Executivo incumbe resolver os problemas concretos e individualizados, à luz das leis. Ao fazê-lo exerce função de governo, desempenhando atribuições políticas e de decisão, e a função administrativa, quando promove a intervenção, o fomento e o serviço público; ao Judiciário compete aplicar autoritariamente a lei nos casos concretos, intersubjetivos e litigiosos.*"

Sob esta ótica, lei de iniciativa parlamentar jamais poderia determinar a nomenclatura de logradouros públicos específicos, tema próprio de administração pública, com intervenção direta na gestão municipal relacionada ao serviço público sinalização e identificação.

Nesse sentido, em obra dedicada ao estudo do Direito Municipal, Hely Lopes Meirelles bem disseca o tema:

"*A atribuição típica e predominante da Câmara é a 'normativa', isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes, no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos, dispõe, unicamente, sobre a sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada e nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula*

1 *In* "Curso de Direito Constitucional", 8ª edição, Saraiva, pág. 516.

e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no Prefeito.

(...)

A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória da separação institucional de suas funções (CF, art. 2º).

Por idêntica razão constitucional, a Câmara não pode delegar funções ao prefeito, nem receber delegações do Executivo. Suas atribuições são incomunicáveis, estanques, intransferíveis (CF, art. 2º). Assim como não cabe à Edilidade praticar atos do Executivo, não cabe a este substituí-la nas atividades que lhe são próprias.

(...)

Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem previsões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental."

Tratando-se o vício de iniciativa de invalidade insuscetível de convalidação mesmo por eventual sanção do Chefe do Executivo (nesse sentido, superada a Súmula nº 5 do Pretório Excelso – ADI nº 1.438/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, Douto Juízo 11.08.2002; opinião também sustentada por Gilmar Ferreira Mendes *in* "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 8ª edição, pág. 871, bem como Alexandre de Moraes *in* "Direito Constitucional", Atlas, 27ª edição, pág. 676), não há como afastar a mácula que assola os atos legislativos impugnados, flagrante a inconstitucionalidade formal.

Não bastasse, a despeito das ponderações lançadas no fundamentado parecer ministerial, tenho que as leis impugnadas invariavelmente acarretam, além de providências administrativas incutidas ao Executivo, evidente majoração de despesa pública, embora não de grande monta, destinada à devida e correta sinalização das vias públicas, incluindo sua manutenção.

Entretanto, as leis impugnadas não indicam a correlata fonte de custeio a suportar tais gastos, violando o contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante ("*Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.*"). É o que tem decidido este C. Órgão Especial: ADIn nº 0.186.864-35.2012.8.26.0000 j. de 08.05.13 Rel. Des. CAUDURO PADIN; ADIN nº 0.039.795-62.2013.8.26.0000 j. de 12.06.13 Rel. Des. ENIO ZULIANI; ADIn nº 0.084.460-66.2013.8.26.0000 j. de 12.03.14 Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES; e ADIn nº 0.189.321-06.2013.8.26.0000 v.u. j. de 26.03.14, Rel. Des. Evaristo dos Santos, dentre outros arestos.

Ainda neste particular, informação de que a oficialização das vias

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

públicas teria ocorrido em áreas pertencentes a particulares (fls. 17, 24, 31 e 37) poderia acarretar, em tese, maior oneração do Município diante de eventuais indenizações.

Por fim, pertinente consignar que este Colendo Órgão Especial, em oportunidades distintas, declarou a nulidade de leis municipais de iniciativa do Legislativo que dispunham sobre nomenclatura de vias públicas, deflagrando ato de administração pública:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.640, de 25 de outubro de 2011, do Município de Amparo, que atribui denominação a via local, editada a partir de processo deflagrado perante a Câmara de Vereadores – Legislação que versa questão atinente à organização e execução de atos da administração municipal, afeta à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo local – Inobservância da iniciativa reservada conferida ao Prefeito que acabou por implicar em afronta ao princípio da separação dos poderes – Previsão legal, ademais, que acarreta o aumento de despesas do Município, que ficará obrigado a proceder à sinalização do logradouro objeto do ato normativo impugnado, sem que se tivesse declinado a respectiva fonte de custeio – Vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial que, destarte, ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos artigos 5º, 25 e 47, incisos II e XIV, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0155919-65.2012.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 12.12.2012)

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Ajuizamento pelo Prefeito em face de lei municipal que deu nome à via pública – Denominação de ruas é ato privativo do Chefe do Executivo, uma vez que a nomenclatura de logradouros públicos constitui elemento da sinalização urbana – Vício de iniciativa configurado – Ademais, trata-se de área particular, não doada ao Município, o que enseja a possibilidade de futuro pedido de ressarcimento – Reconhecimento desta circunstância pela Câmara – Inconstitucionalidade configurada.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0048097-51.2011.8.26.0000, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. em 05.10.2011). No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0176537-94.2013.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. em 12.02.2014).

Acesso ao Sumário

Portanto, seja pela interferência dos atos legislativos impugnados em tema próprio de administração pública (organização administrativa), aferindo-se o vício de origem pela iniciativa parlamentar, seja pela inexistência de previsão orçamentária específica a viabilizar-lhe efetividade, evidente a nulidade.

Meu voto julga procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade das Leis nº 1.442, 1.443, 1.444 e 1.445, todas de 11 de julho de 2007, do

Município de Caraguatatuba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2114624-43.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARANTÃ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARANTÃ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.598)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

ROBERTO MORTARI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.753, de 10 março de 2014, do Município de Guarantã, que "Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências". Diploma Legal que se revela inconstitucional, assim devendo ser declarado na parte especificamente impugnada (dispositivos expressamente elencados na petição inicial), por sobrepujar a autonomia legislativa municipal, inserir entre as hipóteses de contratação temporária situações alheias ao interesse público local, violar o princípio da legalidade remuneratória,

Acesso ao Sumário

e descumprir os requisitos da legalidade, temporalidade e excepcionalidade, inerentes à contratação por prazo determinado, rompendo com os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência da administração pública. Inconstitucionalidade também, por arrastamento ou atração, da Lei nº 875, de 10 de março de 1989, que regia a contratação temporária no Município de Guarantã antes da edição da Lei nº 1.753, de 10 março de 2014. Reconhecimento de que, na hipótese, o efeito repristinatório restabeleceria dispositivos já revogados pela lei viciada, que ostentem o mesmo vício. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo d. Procurador Geral de Justiça, objetivando a declaração da inconstitucionalidade dos incisos III, IV (expressão "professor visitante"), V, VI (alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f", "g", "i", "j"), VII, VIII, IX, X, e XI, bem como dos §§ 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, e 11, todos do artigo 2º, e ainda, dos §§ 2º e 3º do artigo 3º, do artigo 4º, dos incisos II e III do § 2º do artigo 7º, e dos artigos 8º, 11 e 13, da Lei nº 1.753, de 25 de março de 2014, do Município de Guarantã, que "*Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outros providências*".

Objetiva-se também a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, dos artigos 1º e 2º da Lei nº 875, de 10 de março de 1989, do mesmo Município, que regia a matéria relativa à contratação temporária na localidade até ser revogada pela Lei nº 1.753, de 25 de março de 2014.

Acesso ao Sumário

Sustenta-se para tanto, em síntese, que a Lei nº 1.753, de 25 de março de 2014, do Município de Guarantã, na parte impugnada, é inconstitucional, pois sobrepuja a autonomia legislativa municipal, ao reproduzir desorientadamente a Lei Federal nº 8.745/93, inserindo entre as hipóteses de contratação temporária situações alheias ao interesse público local e, ainda, viola o princípio da legalidade remuneratória e descumpre os requisitos da legalidade, temporalidade e excepcionalidade, inerentes à contratação por prazo determinado, rompendo com os princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência da administração pública (art. 11 da CE/89), negando vigência aos arts. 1º, 111, 115, II e X, e 144, da Constituição Estadual, bem como aos arts. 1º e 37, incisos II e IX, da Constituição Federal, cuja aplicabilidade à hipótese decorre dos arts.

144 e 297 da Carta Estadual.

Sustenta-se, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 1.753/2014, implicará na restauração dos dispositivos da Lei nº 875/89, o que soa inadmissível. A uma, porque as razões invocadas para a inconstitucionalidade da Lei nº 1.753/2014 se estendem à Lei nº 875/89. Outrossim, porque esta última lei também se mostra incompatível com o art. 37, II, da Constituição Federal, reproduzido no art. 115, II, da Constituição Estadual, ao atribuir regimento jurídico celetista aos servidores temporários.

A liminar postulada foi parcialmente concedida, a fim de obstar novas contratações, pela Municipalidade de Guarantã, com base nas partes impugnadas das Leis Municipais atacadas na presente Ação Direta, durante a sua tramitação.

Seguiu-se regular processamento. Tanto o Presidente da Câmara Municipal de Guarantã, como o Prefeito do referido Município, deixaram de prestar as informações que lhes foram solicitadas. A Procuradoria Geral do Estado registrou o seu desinteresse na defesa dos atos normativos impugnados. E a douta Procuradoria Geral de Justiça, em sua derradeira manifestação, insistiu na procedência da ação.

Esse, no essencial, o relatório.

A ação direta de inconstitucionalidade em apreço procede.

A lei municipal não pode regular matéria cuja competência é reservada ao legislador federal ou estadual. Se o fizer, em afronta à repartição constitucional de competências, estará a violar o princípio federativo.

É o que ocorre com diversos dispositivos da Lei nº 1.753, de 10 março de 2014, do Município de Guarantã, que "*Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências*".

Ao disciplinar as hipóteses de contratação temporária no Município de Guarantã, o Diploma Legal em alusão, em diversos dos seus dispositivos, especificamente impugnados na presente ação, acabou por burlar a repartição constitucional de competências. Vale conferir:

"*Art. 2º – Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei Federal nº 8.745/83:*

(...)

III – realização de recenseamentos;

IV – admissão de (...) professor visitante;

V – admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI – atividades:

a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área

industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;

b) de identificação e demarcação territorial;

c) finalísticas do Hospital das Forças Armadas;

d) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC;

e) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;

f) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública;

g) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

(...)

i) didático-pedagógicas em escolas de governo; e

j) de assistência à saúde para comunidades indígenas;

VII – admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação;

VIII – admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa;

IX – combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica;

X – admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação;

XI – admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de Atenção Básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema

Acesso ao Sumário

Único de Saúde (SUS), mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação.

§ 1º – A contratação de professor substituto de que trata o inciso IV do caput poderá ocorrer para suprir a falta de professor efetivo em razão de:

I – vacância do cargo;

II – afastamento ou licença, na forma do regulamento; ou

III – nomeação para ocupar cargo de direção dentro da unidade de ensino.

§ 2º – O número total de professores de que trata o inciso IV do caput não poderá ultrapassar 20% (vinte por cento) do total de docentes efetivos em exercício na instituição de ensino.

§ 3º – As contratações a que se refere a alínea 'g' do inciso VI serão feitas exclusivamente por projeto, vedado o aproveitamento dos contratados em qualquer área da administração pública.

(...)

§ 5º – A contratação de professor visitante e de professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput, tem por objetivo:

I – apoiar a execução dos programas de pós-graduação stricto sensu;

II – contribuir para o aprimoramento de programas de ensino, pesquisa e extensão;

III – contribuir para a execução de programas de capacitação docente; ou

IV – viabilizar o intercâmbio científico e tecnológico.

§ 6º – A contratação de professor visitante e o professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput, deverá:

I – atender a requisitos de titulação e competência profissional; ou

II – ter reconhecido renome em sua área profissional, atestado por deliberação do Conselho Superior ou Diretor da instituição contratante.

§ 7º – São requisitos mínimos de titulação e competência profissional para a contratação de professor visitante ou de professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput:

I – ser portador do título de doutor, no mínimo, há 2 (dois) anos;

II – ser docente ou pesquisador de reconhecida competência em sua área; e

III – ter produção científica relevante, preferencialmente nos últimos 5 (cinco) anos.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

§ 8º – Excepcionalmente, no âmbito das Instituições da Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, poderão ser contratados professor visitante ou professor visitante estrangeiro, sem o título de doutor, desde que possuam comprovada competência em ensino, pesquisa e extensão tecnológicos ou reconhecimento da qualificação profissional pelo mercado de trabalho, na forma prevista pelo Conselho Superior da instituição contratante.

§ 9º – A contratação de professores substitutos, professores visitantes e professores visitantes estrangeiros poderá ser requerida pelo dirigente da instituição, condicionada à autorização do Chefe do Executivo e da existência de recursos orçamentários e financeiros para fazer frente às despesas decorrentes da contratação e ao quantitativo máximo de contratos estabelecido para tal procedimento.

§ 10 – A contratação dos professores substitutos fica limitada ao regime de trabalho de 20 (vinte) horas ou 40 (quarenta) horas, considerando-se a carga horária predominante no município para tal função.

§ 11 – O rol constante do caput deste artigo não é taxativo, devendo-se observar critérios de conveniência e interesse público, nos termos do art. 13 da presente lei.

Artigo 3º – O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial, prescindindo de concurso público.

(...)

§ 2º – A contratação de pessoal, nos casos do professor visitante referido nos incisos IV e V e nos casos das alíneas 'a', 'c', 'd', 'i' e 'j' do inciso VI e do inciso VIII do caput do art. 2º desta Lei, poderá ser efetivada em vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae.

§ 3º – As contratações de pessoal no caso das alíneas 'f' e 'g' do inciso VI do art. 2º desta Lei serão feitas mediante processo seletivo simplificado, observados os critérios e condições estabelecidos pelo Poder Executivo.

Art. 4º – As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:

I – 6 (seis) meses, nos casos dos incisos I, II e IX do caput do art. 2º desta Lei;

II – 1 (um) ano, nos casos dos incisos III e IV, das alíneas 'c' e 'e' do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º;

III – 2 (dois) anos, nos casos das alíneas 'b', 'd' e 'j' do inciso VI do art.

Acesso ao Sumário

2º;

IV – 3 (três) anos, nos casos das alíneas ‘f’ e ‘i’ do inciso VI e dos incisos VII, VIII e XI do caput do art. 2º desta Lei;

V – 4 (quatro) anos, nos casos do inciso V e das alíneas ‘a’, ‘g’ e ‘h’ do inciso VI do caput do art. 2º desta lei.

Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:

I – no caso do inciso IV, das alíneas ‘b’, ‘c’, e ‘e’ do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º desta lei, desde que o prazo total não exceda a 2 (dois) anos;

II – no caso dos incisos III e VI, alínea ‘d’, do caput do art. 2º desta lei, desde que o prazo total não exceda 3 (três) anos;

III – nos casos do inciso V, das alíneas ‘a’, ‘f’, ‘i’ e ‘j’ do inciso VI e do inciso VIII do caput do art. 2º desta lei, desde que o prazo total não exceda a 4 (quatro) anos;

IV – no caso das alíneas ‘g’ e ‘h’ do inciso VI do caput do art. 22 desta lei, desde que o prazo total não exceda a 5 (cinco) anos;

VI – nos casos dos incisos I e II do caput do art. 2º desta lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública ou das situações de emergências em saúde pública, desde que não exceda a 2 (dois) anos.

(...)

Art. 7º – A remuneração do pessoal contratado nos termos desta lei será fixada:

(...)

II – nos casos dos incisos I a III, V, VI e VIII do caput do art. 2º, em importância não superior ao valor da remuneração constante dos planos de retribuição ou nos quadros de cargos e salários do serviço público, para servidores que desempenhem função semelhante, ou, não existindo a semelhança, às condições do mercado de trabalho; e

III – no caso do inciso III do art. 2º, quando se tratar de coleta de dados, o valor da remuneração poderá ser formado por unidade produzida, desde que obedecido ao disposto no inciso II deste artigo.

(...)

§ 2º – Caberá ao Poder Executivo fixar as tabelas de remuneração para as hipóteses de contratações previstas nas alíneas ‘f’, ‘g’, ‘h’, ‘i’ e ‘j’ do inciso VI do caput do art. 2º.

Art. 8º – Ao pessoal contratado nos termos desta lei aplica-se o disposto na Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993.

(...)

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Art. 11 – Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

(...)

Art. 13 – Excepcionalmente, visando a manutenção da prestação de serviços públicos essenciais, desde que observados os critérios legais de temporalidade, emergência e não vinculação ao funcionalismo público, poderá ser realizado processo seletivo para cargos que não constem expressamente nesta lei."

A leitura dos referidos dispositivos permite vislumbrar que, ao disciplinar os casos de contratação temporária, o Município de Guarantã não se ateve às hipóteses afetas ao interesse local. Foi muito além disso, e acabou por usurpar competência de outros entes da federação, de modo a afrontar o princípio federativo, consagrado nos artigos 10 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Como anotou a propósito o ilustre Procurador Geral de Justiça, ao subscrever a inicial da presente ação:

"*(...) Não há como defender a pertinência e a competência do Município de Guarantã, cuja população é de 6400 (seis mil e quatrocentos) habitantes e onde há apenas instituições de ensino de nível pré-escolar, fundamental e médio, segundo dados extraídos do site do IBGE, para promover contratações temporárias voltadas à 'realização de recenseamento' (inciso III), 'admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro' (inciso V), 'atividades especiais nas organizações das Forças Armadas' (alínea a do inciso VI), 'atividades de identificação e demarcação territorial' (alínea b do inciso VI), 'atividades de vigilância e inspeção para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional' (alínea e do inciso VI), 'atividades técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação, implementados mediantes acordos internacionais' (alínea f do inciso VI), 'didático-pedagógica em escolas de governo' (alínea i do inciso VI), 'assistência à saúde para comunidades indígenas' (alínea j do inciso VI), 'admissão de pesquisador em instituição destinada à pesquisa' (inciso VIII).*

A impertinência desses casos no âmbito municipal decorre ora da inequívoca ausência de correspondente fático para incidência da norma, ora da própria incompetência do ente, seja porque a matéria pertence a outro ente federativo, seja porque o órgão ao qual a atividade estaria vinculada não

Acesso ao Sumário

pertence à administração pública municipal.

Quanto à primeira hipótese, destaca-se a inexistência local de escolas de governo, de instituições destinadas à pesquisa e de comunidades indígenas. Quanto à última, registra-se a completa autonomia do Município de Guarantã em relação às Forças Armadas (alíneas 'a' e 'c' do inciso VI), ao Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações (CEPESC) (alínea 'd' do inciso VI) – órgão vinculado à Agência Brasileira de Inteligência, ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento (alínea 'e' do inciso VI), ao Ministro de Estado do Meio Ambiente (inciso IX), ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (incisos X e XI), ao Ministério da Educação (incisos X e XI) e ao Ministério da Saúde (inciso XI). (...)

A fim de comprovar a ocorrência da usurpação de competência pelo ente municipal, ressalta-se, entre as atribuições constitucionais da União, a competência para (i) organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (art. 21, XV, da CF), (ii) equipar e possibilitar a expansão das instituições federais de ensino (art. 211, § 1º, da CF), (iii) realizar trabalhos demarcatórios nos limites das áreas litigiosas (art. 12, § 4º, da ADCT) e para (iv) executar o serviço de polícia de fronteira (art. 21, XXII, da CF). Da mesma forma, sendo as Forças Armadas instituições nacionais e permanentes, submetidas a autoridade suprema do Presidente da República, conforme artigo 142 da Constituição Federal, não cabe ao município realizar contratações para prestar atividades especiais nas organizações das Forças Armadas, nem tampouco para realizar atividades finalísticas do hospital dessas. (...)".

Ora, mesmo que se reconheça que políticas adotadas no âmbito federal possam repercutir no âmbito local, sua execução pela União não pode onerar a administração municipal, de modo a obrigá-la a contratar trabalhadores.

Por isso, nada justifica a inclusão dos dispositivos destacados na Lei nº 1.753/14, do Município de Guarantã.

De resto, vale ressaltar que a Lei Municipal em referência também viola a ordem Constitucional ao abrir possibilidade para contratação por tempo determinado para funções permanentes e previsíveis, através do uso de expressões abrangentes e genéricas, como se extrai do § 11 do artigo 2º, e do artigo 13.

Consoante ressaltado na inicial da presente ação, referidos dispositivos, "*(...) que autorizam, genericamente, a contratação temporária para manter a prestação de serviços públicos essenciais, são inconstitucionais, pois, além de aplicar a exceção para promover serviços permanentes, fato inadmitido pelo STF, o faz através de expressões abrangentes e genéricas. (...)*".

Não é demais lembrar que, por força dos princípios da legalidade,

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência, o legislador constituinte condicionou o ingresso aos quadros da administração pública, como regra, à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Como a contratação por tempo determinado configura exceção a essa regra, deve submeter-se aos casos estritamente previstos em lei, desde que presentes os requisitos da temporariedade e da excepcionalidade do interesse público. Por isso, não há espaço para elaboração de um rol que não seja taxativo, como pretendeu o legislador municipal.

E não é só. Ao tratar do prazo de contratação dos servidores temporários, hipóteses de prorrogação e respectivos limites temporais, o artigo 4º da Lei Municipal nº 1.753/14 se valeu de fórmula irrazoável e desproporcional.

Como ponderou a respeito o douto Procurador Geral de Justiça, *"(...) A título exemplificativo, destaca-se que a contratação para realização de recenseamentos foi prevista por até 3 (três) anos (sendo, originariamente, por um ano, facultada sua prorrogação por mais dois). De modo semelhante, a contratação para desempenho de 'técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho' foi autorizada por até 5 (cinco) anos. Ora, é intuitivo que o recenseamento em pequenas comunas (como Guarantã, que possui 6400 habitantes), bem como a atualização tecnológica da administração, não consome senão um curto período. Portanto, mesmo sem conhecer as especificidades locais do município de Guarantã, o que nem seria possível em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é de rigor concluir que o tempo por ele consumido para realizar recenseamento (e qualquer outra atividade) é inferior ao da União. E, por isso, os intervalos trienais e quinquenais, bem como todos os demais do art. 4º, reprodução integral do art. 4º da lei n. 8.745/93, são irrazoáveis e desproporcionais. A duração contínua e prolongada da contratação mostra-se excessiva e escapa a transitoriedade elementar, inculcando o provimento de cargo ou emprego público por concurso. Não é possível, lógico, racional ou proporcional que a admissão possa perdurar, com ou sem prorrogação, quatro anos, para situações que não guardam nexo ou relação de causalidade, como tarefas rotineiras, ordinárias profissionais, previsíveis, de maneira a, direta ou indiretamente, imolar os arts. 111 e 115, II e X, da Constituição Estadual. (...)"*.

Por fim, não pode passar despercebida a inconstitucionalidade da previsão contida nos incisos II e III e no § 2º do artigo 7º da Lei Municipal impugnada. No inciso II, o Chefe do Poder Executivo é autorizado a fixar a remuneração dos temporários com base nas condições do mercado de trabalho. No inciso III, ele é autorizado a instituir remuneração flutuante, estabelecendo o seu valor por unidade produzida. Já no § 2º chega-se a permitir que certas remunerações sejam fixadas livremente.

Como anotado pelo ilustre Procurador Geral de Justiça, por meio de tais dispositivos, "***(...) a lei local contestada aparta-se da legalidade remuneratória, abrindo oportunidade à pessoalidade nos negócios públicos, ao permitir que a remuneração seja individualmente arbitrada, podendo até ser superior a de cargos públicos de provimento efetivo, molestando os arts. 5º, 24, § 2º, I, e III da Constituição Estadual. (...)***".

De modo que, ao sobrepujar a autonomia legislativa municipal, inserir entre as hipóteses de contratação temporária situações alheias ao interesse público local, violar o princípio da legalidade remuneratória, e descumprir os requisitos da legalidade, temporalidade e excepcionalidade, inerentes à contratação por prazo determinado, rompendo com os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência da administração pública, a Lei nº 1.753, de 25 de março de 2014, do Município de Guarantã, revela-se inconstitucional, assim devendo ser declarada na parte especificamente impugnada na presente ação direta (dispositivos expressamente elencados na petição inicial).

Pertinente, outrossim, a pretensão no sentido de que se declare a inconstitucionalidade, por arrastamento ou atração, dos artigos 1º e 2º da Lei Municipal nº 875, de 10 de março de 1989, do Município de Guarantã.

E isso porque, antes da edição da Lei Municipal nº 1.753/2014, a contratação temporária do Município de Guarantã era regida pela Lei nº 875, de 10 de março de 1989, que a autorizava nos seguintes casos:

> "*Artigo 1º – Fica o Executivo Municipal autorizado a contratar servidores, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, caracterizada nos casos seguintes:*
>
> *I – Contratação necessária à instalação de servidores públicos;*
>
> *II – Contratação de técnicos indispensável ao funcionamento de serviço público essencial;*
>
> *III – Contratação de servidor para substituição dos aposentados, falecidos, demitidos, licenciados, promovidos, etc.*
>
> *Parágrafo único – Considera-se serviço público essencial os referentes ao andamento normal dos serviços da Prefeitura Municipal, a limpeza pública, coleta de lixo, águas e esgotos, postos de puericultura, merenda escolar, saúde, ensino, creches e afins.*
>
> *Artigo 2º – A contratação referida do artigo 10, será feita pelo regime celetista e o prazo de contratação não poderá ultrapassar a 01 (um) ano.*"

Com a declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.753/2014, os dispositivos da Lei nº 875, de 10 de março de 1989, que antes disciplinavam a contratação temporária no Município de Guarantã, serão automaticamente restaurados.

Acesso ao Sumário

Todavia, as razões que conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 1.753/14 estendem-se à Lei nº 875/1989, que além de autorizar, genericamente, a contratação temporária para promover serviços permanentes e previsíveis, ainda pretende destinar aos servidores temporários o regime jurídico celetista, contrapondo-se ao disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal, reproduzido no art. 115, II, da Constituição Estadual, por força do qual os contratos temporários são inconciliáveis com o regime jurídico celetista, na medida em que este reprime a dispensa imotivada, fornecendo, indiretamente, uma estabilidade incompatível com a contratação por tempo determinado, que deve durar apenas enquanto as circunstâncias que a justificaram persistir.

Como consignado na petição inicial, "*(...) A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento é possível sempre que: a) o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal torna despidos de eficácia e utilidade outros preceitos do mesmo diploma, ainda que não tenham sido impugnados;* ***b) nos casos em que o efeito repristinatório restabelece dispositivos já revogados pela lei viciada que ostentem o mesmo vício****; c) quando há na lei dispositivos que não foram impugnados, mas guardam direta relação com aqueles cuja inconstitucionalidade é reconhecida. (...)*" **(grifei)**.

Presente a hipótese em destaque, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos artigos 1º e 2º da Lei nº 875, de 10 de março de 1989, do Município de Guarantã, realmente se impõe.

Assim, por tais fundamentos, julga-se procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de: A) declarar a inconstitucionalidade dos incisos III, expressão "professor visitante", IV, V, VI, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f", "g", "i", "j", VII, VIII, IX, X, XI, § 1º, § 2º, § 3º, § 5º, § 6º, § 7º, § 8º, § 9º, § 10, § 11, todos do artigo 2º; §§ 2º e 3º do artigo 3º; artigo 4º; incisos II e III, § 2º, do artigo 7º; artigos 8º, 11 e 13, todos da Lei nº 1.753, de 25 de março de 2014, do Município de Guarantã; B) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, dos artigos 1º e 2º da Lei nº 875, de 10 de março de 1989, do Município de Guarantã. Comunique-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2070592-50.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA RITA DO PASSA QUATRO e PREFEITO MUNICIPAL DE SANTA RITA DO PASSA QUATRO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE QUANTO AO ARTIGO 102 E SEUS PARÁGRAFOS, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 37/2012, E EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DISPOSITIVOS LEGAIS ATACADOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.743)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Perda superveniente do interesse de agir, pela perda do objeto da ação, no que se refere ao art. 3º, e anexo I da Lei nº 1.920, de 15 de agosto de 1991, da Lei nº 3.097, de 18 de março de 2013, do § 3º do art. 30 da Lei nº 2.808, de 31 de dezembro de 2008, dos artigos 80, 81, *caput*, 100, *caput*, inciso I, e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 37, Lei nº 2.434, de 21 de dezembro de 2001, Lei nº 2.661, de 22 de agosto de 2006 e Lei nº 2.994, de 04 de agosto de 2011, do Município de Santa Rita do Passa Quatro, porque revogados ou alterados pelas Leis Complementares nºs 60, de 11 de junho de 2014, e 64, de 27 de junho de 2014 – Quanto a esses dispositivos o processo é julgado extinto sem julgamento do mérito.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Quanto ao art. 102, e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 37/2012, que trata do "prêmio

Acesso ao Sumário

de aniversário", não sofreu alteração ou revogação – A instituição do "prêmio de aniversário" não atende o interesse público e as exigências do serviço público, bem como os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, violando os artigos 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo – Inconstitucionalidade declarada.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente quanto ao art. 102 e seus §§, da Lei Complementar nº 37/2012 do Município de Santa Rita do Passa Quatro, e extinto o processo, sem exame do mérito, em relação aos demais dispositivos legais atacados.

VOTO

A ação é direta de inconstitucionalidade

"em face do art. 3º, e anexo I da Lei nº 1.920, de 15 de agosto de 1991, da Lei nº 3.097, de 18 de março de 2013, do § 3º do art. 30 da Lei nº 2.808, de 31 de dezembro de 2008, dos artigos 80, 81, *caput*, 100, *caput*, inciso I, e seu parágrafo único, 102, *caput*, e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 37, de 06 de junho de 2012 e, por arrastamento, da Lei nº 2.434, de 21 de dezembro de 2001, Lei nº 2.661, de 22 de agosto de 2006 e Lei nº 2.994, de 04 de agosto de 2011, do Município de Santa Rita do Passa Quatro" (fls. 2).

Alega o proponente: **a)** "os dispositivos impugnados exibem incompatibilidade vertical com os arts. 5º, § 1º, 24, § 2º, 1, 111, 115, XI, 128 e 133 da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por obra de seu art. 144, ... embasada no art. 29 da Constituição Federal..."; **b)** "a concessão de gratificação a servidores públicos, que exerçam funções comissionadas, por meio de Delegação ao Chefe do Poder Executivo ou do Legislativo, assim como sua incorporação, na fração de 1/5 ao ano, viola os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, interesse público e separação dos poderes"; **c)** "a previsão de incorporação ao servidor que, **a qualquer título**, exerça funções com remuneração superior, viola os princípios da moralidade, impessoalidade e acessibilidade aos cargos públicos por meio de concurso público"; **d)** a "vantagem pecuniária denominada 'Prêmio Aniversário' não atende ao interesse público e ao princípio da razoabilidade"; **e)** "a Lei nº 3.097, de 18 de março de 2013, alterou e revogou as Leis nºs 2.434/2001, 2.661/2006 e 2.994/2011, que cuidavam da gratificação e incorporação no âmbito da Câmara Municipal"; **f)** "para se evitar que em virtude da declaração

Acesso ao Sumário

da inconstitucionalidade da Lei nº 3.097/2013, automaticamente restaurem-se por repristinação os atos normativos que disciplinam a matéria, necessária a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento" das leis revogadas.

Pede o autor a concessão de medida liminar para "suspensão imediata da eficácia dos atos normativos impugnados", porque: **a)** "demonstrada *quantum satis* a inconstitucionalidade dos dispositivos legais apontados"; **b)** "convergem para tanto a plausibilidade jurídica da tese exposta na inicial e o delineamento da situação do risco irreparável consistente no pagamento e manutenção de vantagens ilegalmente fixadas, de modo a gravar ilicitamente o erário e dispensar tratamento desigualitário com sérias repercussões financeiras e jurídicas na comuna". Ao final, pede a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados.

Concedi parcialmente a medida liminar, "para o fim de suspender, dos atos normativos impugnados, a vantagem pecuniária denominada 'Prêmio Aniversário' (art. 102, §§ 1º a 8º, da Lei Complementar nº 37, de 06 de junho de 2012)" (fls. 310/312).

O Prefeito e a Câmara Municipal prestaram informações (fls. 322/335 e 341/348, com docs. fls. 349/483), afirmando esta última que "os dispositivos legais impugnados foram alvo de integral revogação, expressa e tácita, ou alteração" (fls. 346).

A Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 485).

O Prefeito do Município interpôs "agravo regimental com pedido de reconsideração" contra a decisão liminar que suspendeu o denominado "Prêmio Aniversário", "para o fim de se restabelecer de imediato a vantagem pecuniária referida, em benefício de todos os servidores públicos do Município" (fls. 487/497). Acrescentou (fls. 502/503) que "o benefício mencionado contava com previsão na Lei Orçamentária relativa ao exercício vigente, além do que como o benefício foi suspenso no decorrer do ano, alguns servidores foram agraciados com o recebimento da gratificação em tela, ao passo que outros tantos deixaram de auferir o benefício, o que criou uma situação de insegurança/instabilidade entre os servidores".

Por decisão de fls. 506/508, revoguei a liminar concedida, ante a relevância dos argumentos expendidos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela: **a) "extinção da ação direta sem exame do respectivo mérito, apenas em relação** ao art. 3º, e anexo I da Lei nº 1.920, de 15 de agosto de 1991, da Lei nº 3.097, de 18 de março de 2013, do § 3º do art. 30 da Lei nº 2.808, de 31 de dezembro de 2008, dos artigos 80, 81, *caput*, 100, *caput*, inciso I, e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 37, Lei nº 2.434, de 21 de dezembro de 2001, Lei nº 2.661, de 22 de agosto de 2006 e Lei nº 2.994, de 04 de agosto de 2011, do

Acesso ao Sumário

Município de Santa Rita do Passa Quatro, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil", porque "de fato, foram revogados ou alterados pela Lei Complementar nº 60, de 11 de junho de 2014"; **b) "procedência do pedido em relação ao artigo 102, e parágrafo, da Lei Complementar nº 37/2012, do Município de Santa Rita do Passa Quatro**" (fls. 520/528, destaquei).

É o relatório.

1. Há perda superveniente do interesse de agir, pela perda do objeto da ação, no que se refere ao "art. 3º, e anexo I da Lei nº 1.920, de 15 de agosto de 1991, da Lei nº 3.097, de 18 de março de 2013, do § 3º do art. 30 da Lei nº 2.808, de 31 de dezembro de 2008, dos artigos 80, 81, *caput*, 100, *caput*, inciso I, e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 37, Lei nº 2.434, de 21 de dezembro de 2001, Lei nº 2.661, de 22 de agosto de 2006 e Lei nº 2.994, de 04 de agosto de 2011, do Município de Santa Rita do Passa Quatro".

De fato, os dispositivos mencionados "foram revogados ou alterados pelas Leis Complementares nºs 60, de 11 de junho de 2014, e 64, de 27 de junho de 2014, como bem ressaltado pela Procuradoria Geral de Justiça e pelo Presidente da Câmara Municipal (fls. 341/348 e 520/528).

Portanto, quanto a esses dispositivos legais, o processo da ação direta de inconstitucionalidade é extinto sem julgamento do mérito.

2. No que diz respeito ao art. 102, e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 37/2012, que trata do "prêmio de aniversário", como não sofreu alteração ou revogação, passo à análise do mérito da demanda.

Referido dispositivo assim dispõe:

"Art. 102 – O servidor efetivo fará jus, no mês de seu aniversário, ao valor de sua remuneração no cargo efetivo, desde que em efetivo exercício no ano.

"§ 1º – O prêmio corresponde a 1/12 (um doze avos) da remuneração no cargo efetivo por mês de efetivo exercício no respectivo ano e será pago juntamente com a remuneração do mês do aniversário.

"§ 2º – A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias será considerada como mês integral.

"§ 3º – O efetivo exercício será apurado na forma do disposto no art. 39, desta Lei.

"§ 4º – A remuneração no cargo efetivo é a definida na lei previdenciária municipal e constitui a base de cálculo da contribuição previdenciária ao regime próprio de previdência social do servidor municipal.

"§ 5º – Não fará jus ao prêmio o servidor nas seguintes situações:

"I – que tenha afastamento por licença médica ou auxílio doença, superiores a 30 (trinta) dias, salvo em decorrência de acidente de trabalho

e internação hospitalar, devidamente comprovados;

"II – reclusão;

"II – afastamento sem vencimentos para tratar de interesses particulares, por qualquer período;

"III – tenha cometido faltas justificadas ou injustificadas, que, somadas, totalizem mais de 15 (quinze) dias;

"IV – tenha sofrido penalidade de suspensão, ainda que convertida em multa.

"§ 6º – Não fará jus ao prêmio, sob nenhuma hipótese, os servidores exonerados, demitidos ou que tiverem sofrido penalidade de repreensão ou suspensão.

"§ 7º – Sob nenhuma hipótese será pago o prêmio aos servidores titulares exclusivamente de cargo em comissão ou aos inativos e pensionistas.

"§ 8º – O prêmio de aniversário não se incorpora à remuneração do servidor para nenhum efeito e tampouco constitui base de cálculo de vantagem pecuniária."

A instituição do "prêmio de aniversário" não atende o interesse público e as exigências do serviço público, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, violando os artigos 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo.

Em situação assemelhada, já decidiu este C. Órgão Especial (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0065458-47.2012.8.26.0000, do Município de Barra Bonita, Relator o Desembargador ARTUR MARQUES, j. 17.10.2012) o que segue:

"Com efeito, nem todo benefício conferido a um servidor guarda correspondência direta com um interesse público que o legitime. Como espécies do gênero direito social, muitos dos benefícios decorrem de conquistas que, embora obtidos originariamente pelos trabalhadores da iniciativa privada (art. 7º, CF), foram a eles estendidos por expressa disposição constitucional (art. 39, § 3°, CF).

"Do exposto, a interpretação a ser dada ao art. 128, da Constituição Estadual, deve levar em conta a correspondência entre o benefício concedido e critérios de razoabilidade, em especial quando a vantagem concedida pelo legislador não se encontra elencada dentre aquelas concedidas pelo legislador constitucional a todo o funcionalismo.

"Na hipótese em apreço, o que se constata é que a norma inquinada tratou de unificar em um benefício as principais características de outros dois. Isso porque, de um lado, proporciona acréscimo salarial ao final do ano, aproximando-se do décimo terceiro salário; de outro, contudo, exige assiduidade e retidão funcional como condições, voltando-se à

Acesso ao Sumário

denominada licença-prêmio típica do servidor estatutário.

"O vício que ora se reconhece encontra-se justamente na fusão indevida dos benefícios, em especial quando se constata que, a uma, o acréscimo salarial natalino, ou seja, o décimo terceiro salário, já existe no Município de Barra Bonita; a duas, a licença-prêmio, benefício típico do servidor estatutário, estaria sendo estendida, por via oblíqua, aos contratados celetistas e, a três, os servidores estatutários remanescentes estariam logrando dois benefícios pela assiduidade (fls. 581, do anexo).

"A defesa apresentada pela Câmara Municipal, ao defender a validade da norma, descortina seu verdadeiro propósito: '**na verdade, embora possua o nome de abono natalino, referida gratificação possui caráter de verdadeiro aumento salarial**'.

"Alexandre de Moraes leciona que '**o princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas –, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes. ... deve ser utilizada como parâmetro para se evitarem os tratamentos excessivos (ubermassig), inadequados (unangemessen), buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessariamente exigível (erforderlich, unerlablich, undedingt notwendig), como corolário ao princípio da igualdade**'. (Direito Constitucional Administrativo, São Paulo, Atlas, 2007, pág. 97).

"Gilmar Mendes, no mesmo sentido, esclarece que '**utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.**' (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2008, pág. 120/121).

"O que se conclui, pois, é que a fusão dos benefícios, tal como idealizada pelo legislador local, importa em afronta ao princípio da razoabilidade de que trata o art. 111, da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos municípios em razão do que dispõe o art. 144, do mesmo diploma legal. Em razão disso, inconstitucional o art. 114, da Lei Complementar nº 91, de 26 de janeiro de 2010, com a redação conferida pelo art. 4º, da lei Complementar nº 95, de 13 de agosto de 2010, ambas editadas pelo Município de Barra Bonita."

Acesso ao Sumário

A situação deste caso não discrepa. A lei questionada manda pagar "Prêmio Aniversário" a todo e qualquer servidor efetivo, preenchidas as condições previstas na lei. O prêmio, em realidade, a pretexto de, aparentemente, premiar a assiduidade do servidor (ponto em que a benesse se aproxima da licença-prêmio), confere aumento de remuneração para essa parcela do conjunto de servidores. Não atende ao interesse público, nem às exigências do serviço público conceder vantagem pecuniária nessas circunstâncias, com evidente falta de proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que, atendendo ao interesse pecuniário ou financeiro de uma parcela de servidores (estatutários), não resulta benefício algum para o serviço a ser entregue à população.

Afirma o Senhor Prefeito Municipal em suas informações que o "sobredito direito foi inaugurado na legislação local quando da instituição do regime jurídico estatutário aos servidores públicos do Município" (fls. 332). E foi instituído como alternativa destinada os efeitos da migração dos servidores do regime celetista "para as regras do Estatuto próprio", porque, "em princípio, fez cessar os recolhimentos, em favor dos servidores, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)" (fls. 333).

A instituição da benesse se deu após interveniência do Sindicato representativo, de modo que a extinção e consequente substituição do FGTS se desse com a introdução do benefício em valor equivalente ao perdimento do fundo (idem).

Essas razões, com todo o respeito, não autorizavam a introdução do benefício. O FGTS assegurado pela legislação trabalhista aos servidores celetistas tem por fim especialmente garantir o trabalhador público na inatividade, posto passar ao regime da previdência social comum ao aposentar-se. De outro lado, assegura meio de sustentação de vida ao ser eventualmente demitido sem justa causa, e posto em inatividade temporária até se coloque novamente no mercado de trabalho. Já aos Servidores estatutários são asseguradas outras garantias que os diferenciam substancialmente dos celetistas, dentre as quais a estabilidade e a aposentadoria, esta com vencimentos integrais para aqueles que preencham os requisitos constitucionais.

Não é sem motivo ressaltar a douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 28/30) que

> "A instituição de vantagens pecuniárias para servidores públicos só se mostra legítima se realizada em conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço, nos termos do art. 128 da Constituição do Estado, aplicável aos municípios por força do art. 144 da mesma Carta.
>
> "O denominado 'prêmio aniversário', instituído no art. 102 da Lei Complementar nº 37/2012, não atende a nenhum interesse público, e tampouco às exigências do serviço, servindo apenas como mecanismo

Acesso ao Sumário

destinado a beneficiar interesses exclusivamente privados dos agentes públicos.

"Vale lembrar, nesse passo, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 34. Ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 495), que criticando a excessiva liberalidade da Administração Pública na concessão de vantagens pecuniárias 'anômalas', sem qualquer razão de interesse público, pontuava que:

'(...)

'Além dessas vantagens, que encontram justificativa em fatos ou situações de interesse administrativo, por relacionadas direta ou indiretamente com a prestação do serviço ou com a situação do servidor, as Administrações têm concedido vantagens anômalas, que refogem completamente dos princípios jurídicos e da orientação técnica que devem nortear a retribuição do servidor. Essas vantagens anômalas não se enquadram quer como adicionais, quer como gratificações, pois não têm natureza administrativa de nenhum destes acréscimos estipendiários, apresentando-se como liberalidades ilegítimas que o legislador faz à custa do erário, com o só propósito de cortejar o servidor público.

'(...)'

"A lei impugnada viola o princípio da razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa, e que tem assento no art. 111 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

"Por força desse princípio, é necessário que a norma passe pelo denominado 'teste' de razoabilidade, ou seja, que ela seja: (a) necessária (a partir da perspectiva dos anseios da Administração Pública); (b) adequada (considerando os fins públicos que com a norma se pretende alcançar); e (c) proporcional em sentido estrito (que as restrições, imposições ou ônus dela decorrentes não sejam excessivos ou incompatíveis com os resultados a alcançar).

"A autorização do pagamento do 'prêmio aniversário', na forma concebida, não passa por nenhum dos critérios do teste de razoabilidade: (a) não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária; (b) é, por consequência, inadequado na perspectiva do interesse público; (c) é desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiros que naturalmente se mostram excessivos e inadmissíveis, tendo em vista que não acarretarão benefício algum para a Administração Pública.

"Confira-se: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 14. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 101; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 19. Ed., São Paulo,

Acesso ao Sumário

Atlas, 2006, p. 95; Gilmar Ferreira Mendes, 'A proporcionalidade na jurisprudência do STF', publicado em *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos Editor, 1998, p. 83.

"Acerca da matéria este Colendo Órgão Especial assim decidiu:

'Com efeito, em relação ao abono aniversário, é manifesto que a instituição de vantagens pecuniárias aos servidores públicos somente se afigura plausível se estiver associada a argumento calcado no interesse público e as exigências do serviço. Essa a dicção do art. 128 da Constituição Bandeirante, que, extensiva aos Municípios em razão do art. 144 do mesmo diploma legal, assim dispõe: 'Art. 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.' Com isso, pretendeu o legislador originário paulista limitar liberalidades abusivas por parte do Poder Público, sobretudo em matéria que envolve a boa gestão do Erário, cujo controle exige cada vez mais prudência, frente a multiplicação de despesas e a necessidade de estrita observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ademais, é dever da Administração zelar, quando edita seus atos normativos, pela prevalência do princípio da proporcionalidade, que se desenrola no subprincípio da necessidade. Com tal princípio, é certo que a relação entre meios e fins – sendo estes os objetivos a que se destinam a coisa pública – não pode exceder os limites indispensáveis à legitimidade do fim que se almeja. Em outras palavras, uma medida, para ser admitida, deve ser necessária. E não se afigura necessário, ao bom exercício dos misteres dos servidores o referido acréscimo pecuniário, concedido apenas e tão somente em razão do natalício do beneficiário. Não se olvide que sobre o feito incide, também, o princípio da razoabilidade, que se vincula com as finalidades a que se destina a própria Administração. Com tal princípio, 'pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada'. (ADIN n. 0136976-34.2011 J. 16.11.11).

"Portanto, o art. 102 da Lei Complementar nº 37/2012 viola os arts. 111 e 128 da Constituição Paulista".

Diante de todo esse quadro, e considerando especialmente os precedentes jurisprudenciais deste Órgão Especial referidos e em parte transcritos, penso que a propositura vem apoiada em argumentos e fundamentos sólidos a impor o seu acolhimento.

3. Ante o exposto, julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

quanto ao art. 102 e seus §§, da Lei Complementar nº 37/2012 do Município de Santa Rita do Passa Quatro, e extinto o processo, sem exame do mérito, em relação aos demais dispositivos legais atacados (item “1”, supra).

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2183511-79.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUERRIERI REZENDE.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23165)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUERRIERI REZENDE (Presidente), ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SILVEIRA PAULILO, ELLIOT AKEL, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 10.932, de 25 de agosto de 2014, do Município de Sorocaba, que estabelece a obrigatoriedade do Executivo de implantar disciplina escolar com conteúdo de princípios básicos da legislação de trânsito e de educação para o trânsito. Vício de iniciativa. Ocorrência. Criação de despesa sem indicação de fonte de custeio. Inconstitucionalidade da lei reconhecida. Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Sorocaba, visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 10.932, de 25 de agosto de 2014, de iniciativa do Legislativo local, que institui programa de ensino de princípios básicos da legislação de trânsito e de educação para o trânsito, na rede municipal, até o nível fundamental.

Aduz o autor existência de vício de iniciativa, tendo em conta tratar-se de matéria de competência privativa do Poder Executivo, além da criação de despesa para a Municipalidade sem previsão orçamentária, indicando infringência do órgão legislativo ao disposto nos artigos 5º, 24, §§ 2º e 5º, "1", 25, 47, inciso II, e 144, da Constituição Estadual.

A liminar para suspensão da eficácia da norma foi deferida (fls. 141/142).

O douto Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa da legislação impugnada (fls. 151/153).

A Câmara Municipal prestou informações sobre o processo legislativo, defendendo a regularidade da norma (fls. 158/164).

Juntou-se parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, opinando pela procedência da ação (fls. 167/176).

É o relatório.

A presente ação tem por objetivo a retirada do ordenamento jurídico de norma que, em tese, foi elaborada com infringência às disposições constitucionais, consubstanciando vício de iniciativa e criação de ônus e despesas para a administração municipal sem indicação da fonte de custeio.

Dispõe a lei combatida:

Art. 1º Fica instituída na rede pública de educação municipal, até as séries do Ensino Fundamental, aulas de princípios básicos de legislação de trânsito e educação para o trânsito.

Parágrafo único. A educação de trânsito na rede de ensino municipal, a ser inserida na grade curricular, terá o nome de EDUCTRAN (Educação de Trânsito na Escola).

Art. 2º As aulas serão semanais ministradas por professores previamente instruídos sobre o tema ou especialistas voluntários ou convidados pela Secretaria de Educação, podendo estes serem os servidores da Urbes (Agentes de Trânsito).

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Embora seja louvável e positiva a propositura do digno vereador da cidade de Sorocaba ao legislar sobre matéria que a meu ver é de evidente interesse local,

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

deve-se reconhecer, contudo, que a norma interfere na alçada de competência do Chefe do Executivo, ao impor-lhe determinados procedimentos e condutas administrativas, além de criar despesa sem a correspondente indicação da fonte de custeio.

Entende-se que o conteúdo da norma visa a orientar e beneficiar a população, em matéria de amplo interesse, qual seja, a educação para o trânsito.

É notório que o legislativo municipal tem competência para criar normas que correspondam a temas de interesse local. Mas, ainda que intenção do legislador tenha sido adequada, a elaboração da lei combatida esbarra em pontos que a tornam inconstitucional.

Por primeiro, de se notar a existência de vício de iniciativa.

No dizer de Hely Lopes Meirelles, são matérias de competência privativa do alcaide: "***(...) os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais***" ("Direito Municipal Brasileiro", 12ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 578).

É certo que a alteração da grade curricular implica ingerência parlamentar nas atribuições da Secretaria Municipal da Educação, atingindo a administração local não apenas na questão do conteúdo didático ao criar nova disciplina, mas, também, quanto à estruturação do corpo docente.

Assim, a lei questionada ao mesmo tempo em que viola a autonomia de poderes, cria despesa sem previsão orçamentária, o que contraria os artigos 25 e 47, inciso II, da Constituição Estadual, que dispõe:

> ***Artigo 25 – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.***
>
> ***Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:***
>
> ***(...)***
>
> ***II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual.***
>
> ***Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e***

Acesso ao Sumário

nesta Constituição.

Em defesa da norma, a Câmara de Vereadores indica dispositivo constante da Lei Orgânica do Município de Sorocaba que lhe garantiria competência para legislar sobre o tema debatido. Ocorre que a análise da constitucionalidade de uma lei adota como parâmetro de legalidade sua adequação aos textos constitucionais, não se cogitando de legitimação do dispositivo em virtude de estar em conformidade com a norma de estruturação do poder local. Até porque a própria Lei Orgânica pode ser considerada inconstitucional se destoante da legislação hierarquicamente superior.

Portanto, embora trate o diploma legal de matéria de interesse local, necessário se faz o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, tendo em vista afigurar-se incompatível com normas constitucionais vigentes.

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.932, de 25 de agosto de 2014, do Município de Sorocaba, por ofensa aos artigos 25, 47, inciso II, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo, oficiando-se à respectiva Câmara Municipal para as providências cabíveis, tudo nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2216395-64.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MAURO VANER PASCOALÃO (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MONTE APRAZÍVEL), é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MONTE APRAZÍVEL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.348/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação pelo Prefeito Municipal de Monte Aprazível à Lei nº 3.280/14, de autoria parlamentar, a qual dispõe sobre pintura nas edificações e veículos oficiais pertencentes ao município.

1. Vício de iniciativa, a configurar invasão de competência do chefe do Poder Executivo, a quem cumpre a gestão dos bens públicos, definindo, v.g., a conveniência e oportunidade de se alterar a pintura dos próprios municipais.

2. Violação ao princípio da separação dos poderes, em ofensa aos artigos 5º e 47, II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo.

3. Julgaram procedente a ação.

Jurisprudência - Órgão Especial

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, promovida pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MONTE APRAZÍVEL, em face da Lei nº 3.280/2014, promulgada pela CÂMARA MUNICIPAL local, dispondo sobre normas para pinturas nas edificações e veículos oficiais pertencentes ao município, apontando o autor para interferência havida no âmbito do Poder Executivo.

Prestou informações a Casa Legislativa, em fls. 57/50 (sic), apenas discorrendo acerca do trâmite processual do projeto originário da lei em debate, ressaltando sua legalidade.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, entendendo realmente usurpada a competência privativa do Chefe do Executivo pela iniciativa e comando contido na lei impugnada, em ofensa aos artigos 5º e 47, II e XIV, da Constituição Estadual; em sede preliminar, invocou a ilegitimidade ativa do Município, atribuindo à pessoa do Prefeito essa capacidade postulatória, a teor do disposto no artigo 103, da Constituição Federal (fls. 77/85).

Sobreveio petição do digno Prefeito Municipal de Monte Aprazível, regularizando o polo ativo da ação, em aditamento à inicial (fls. 90/93).

Acesso ao Sumário

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A ação é procedente.

De início, registre-se a perda do objeto da preliminar invocada, uma vez regularizado, por emenda à inicial, o polo ativo da ação (fls. 90/93).

No mérito, a procedência da ação é medida de rigor.

Impugna o Prefeito Municipal de Monte Aprazível a Lei nº 3.280/2014, de autoria parlamentar, dispondo sobre normas para pinturas nas edificações e veículos oficiais pertencentes ao município.

Assim disciplina o seu texto:

"*Art. 1º. Fica padronizado as pinturas dos prédios públicos, com base nas cores da bandeira do município (azul, vermelho e branco), para identificação dos bens móveis e órgãos da administração pública municipal.*

§ 1º. A padronização da pintura que trata o caput *deste artigo será aplicada na parte externa dos prédios públicos municipais.*

§ 2º. Os prédios públicos construídos com recursos obtidos a partir de convênios com outros poderes poderão conter outras cores, desde que seja exigência e deverá estar contida expressamente no referido termo de convênio.

Art. 2º. O cumprimento dos termos desta lei será dado a partir de sua publicação, nas pinturas de obras novas, reformas realizadas, aquisição e doação de veículos ou substituição dos adesivos por perda de sua utilidade a partir desta data.

Art. 3º. Os uniformes escolares possuirão as cores descritas no caput *do artigo primeiro desta lei.*

Art. 4º. Salvo em caso de extremo grau de necessidade ou por força de lei contrária, a Administração Pública poderá pintar os próprios públicos de outra cor a não serem as previstas no artigo primeiro dessa lei.

Art. 5º. Os veículos oficiais devem ser preferencialmente na cor branca, salvo veículo oficial do prefeito e gabinete, e sua adesivagem deverá conter somente o número de lançamento do patrimônio, a identificação do setor, a bandeira do Município sem estilização e o brasão oficial do Município.

§ 1º. Os veículos adquiridos através de convênios e doação por parte do Estado e da União poderão ter os adesivos obrigatórios constantes no termo de doação e convênio.

§ 2º. Os ônibus, micro-ônibus, vans poderão ter em sua carenagem adesivos com fotos de pontos turísticos de nossa cidade, como a Represa Lavínio Luchesi, Parque das Águas José Agrelli, Cristo Redentor, Praça da Bandeira, Praça São João, Fonte Luminosa, Praça Cônego Laurentino Álvarez.

Art. 6º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

Não há como se negar presente o invocado "vício de iniciativa", uma vez que se está diante de atividade afeta ao comando e execução da administração pública, desestabilizando a regimental harmonia que deve prevalecer entre os Poderes, por força de preceito constitucional, traduzido pelo regramento contido no artigo 5º, da Constituição do Estado de São Paulo ("*Art. 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*").

Essa harmonia sofre prejuízo a partir do momento em que um dos Poderes invade a competência normativa do outro, impondo-lhe atribuições a si já previstas como de iniciativa privativa.

Na interpretação de **Hely Lopes Meirelles**, "*a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regra para a Administração; a Prefeitura a executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e a independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante. ... todo ato do Prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou retirar atribuição da Prefeitura ou do Prefeito – é nulo, por ofensivo ao princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º c.c. o art. 31), podendo ser invalidado pelo Poder Judiciário*" **(Direito Municipal Brasileiro, 15ª ed., 2006, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, São Paulo, Ed. Malheiros, páginas 708 e 712).**

Tem-se, pois, que a Lei Municipal ora impugnada apresenta incompatibilidade com os artigos 5º e 47, II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.280/2014, do Município de Monte Aprazível.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2115790-13.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor FEBRANOR – FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES, é réu GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.",

de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31652)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Declaração de inconstitucionalidade. Decreto Estadual n. 60.489/2014, que ao disciplinar a Lei Estadual n. 13.296/2008, estabeleceu que os notários comunicassem reconhecimentos de firmas em certificados de transferência de veículos, por meio eletrônico, à Secretaria da Fazenda. Objetivo de dinamizar o sistema de averbação para controle de segurança do trânsito e fiscalização de recolhimento de tributos. A norma não legisla sobre trânsito, porque não inova ou cria modelo diferente do que existe na prática. O fato de desobrigar os sujeitos de pagarem extra quando reconhecem firmas não implica impor serviço gratuito aos notários, que são remunerados pela abonação da assinatura. Finalidade da norma que se sobrepõe ao interesse dos agentes que atuam por delegação. O comunicar a prática de um ato notarial (reconhecimento de firma) não caracteriza, na essência da fé pública que se delega, função notarial, porque não certifica ou declara a verdade, o que impossibilita sua inserção como elemento novo da tabela de custas e emolumentos. Improcedência.

VOTO

Vistos.

Busca a FEBRANOR – FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 1º,

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

§ 1º, 1, “b” e 4º, do Decreto Estadual n. 60.489/2014, editado para regulamentar a Lei Estadual n. 13.296, de 23.12.2008. Os dispositivos possuem a seguinte redação:

“Art. 1º – Os notários localizados no Estado de São Paulo são obrigados a fornecer ao fisco informações sobre a realização de atos de reconhecimento de firma em transações que envolvam a transferência de propriedade de veículos, sem ônus para as partes do negócio, conforme previsto no inciso VI do artigo 37 da Lei 13.296, de 23 de dezembro de 2008.

§ 1º – Para o cumprimento do disposto no ‘caput’:

1. os notários:

(...)

b) não cobrarão emolumentos adicionais aos atuais, assim entendidos os referentes aos serviços de reconhecimento de firma por autenticidade e de cópia autenticada do Certificado de Registro do Veículo – CRV, enviada à Secretaria da Fazenda conforme inciso II do artigo 2º;

(...)

Artigo 4º – O cumprimento do disposto no artigo 2º pelo notário dispensa:

I – o transmitente e o adquirente de cumprir a obrigação prevista no parágrafo único do artigo 34 da Lei 13.296, de 23 de dezembro de 2008, de comunicar a alienação do veículo às autoridades competentes;

II – o transmitente de encaminhar, ao Detran-SP, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade do veículo, devidamente assinado e datado, conforme previsto no artigo 134 da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

Parágrafo único – O transmitente poderá obter informações sobre a efetivação da comunicação de venda do veículo na área de serviços eletrônicos do Detran-SP (endereço eletrônico constante do texto original).”

Oportuno transcrever *ipsis litteris* toda a norma estadual:

*“**Artigo 1º –** Os notários localizados no Estado de São Paulo são obrigados a fornecer ao fisco informações sobre a realização de atos de reconhecimento de firma em transações que envolvam a transferência de propriedade de veículos, sem ônus para as partes do negócio, conforme previsto no inciso VI do artigo 37 da Lei 13.296, de 23 de dezembro de 2008.*

***§ 1º –** Para o cumprimento do disposto no ‘caput’:*

***1.** os notários:*

***a)** devem estar cadastrados na Secretaria da Fazenda nos termos de disciplina por ela estabelecida;*

***b)** não cobrarão emolumentos adicionais aos atuais, assim entendidos os referentes aos serviços de reconhecimento de firma por autenticidade e de cópia autenticada do Certificado de Registro do Veículo – CRV, enviada à Secretaria da Fazenda conforme inciso II do artigo 2º;*

***2.** os veículos devem estar registrados no Estado de São Paulo.*

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

__§ 2º –__ O não cumprimento da obrigação de que trata o 'caput' sujeita o notário à imposição da multa prevista no inciso III do artigo 39, da Lei 13.296, de 23 de dezembro de 2008.

__§ 3º –__ Equiparam-se aos notários, para os fins deste decreto, os registradores que exerçam atribuições notariais de reconhecimento de firma.

__Artigo 2º –__ Logo após a efetivação do ato de reconhecimento de firma por autenticidade do transmitente/vendedor no documento de transferência de propriedade do veículo o notário deverá enviar à Secretaria da Fazenda (endereço eletrônico constante do texto original):

__I –__ as informações relativas à operação de compra e venda ou transferência, a qualquer título, da propriedade do veículo, relacionadas no Anexo Único;

__II –__ cópia digitalizada, frente e verso, do Certificado de Registro do Veículo – CRV preenchido e com firmas reconhecidas por autenticidade conforme determinado pela legislação de trânsito, em arquivo no formato 'PDF' e com assinatura digital contida em documento do tipo P7S.

__§ 1º –__ Opcionalmente, a transmissão das informações e da cópia digitalizada gerada no momento do reconhecimento de firma, mencionadas nos incisos acima, poderá ser feita por lote, no prazo de até 72 horas.

__§ 2º –__ Caso o adquirente do veículo venha a reconhecer sua firma autêntica em momento posterior ao reconhecimento da firma do transmitente, os notários deverão enviar as informações relativas ao ato de sua competência e as respectivas cópias previstas neste artigo.

__§ 3º –__ Se os atos de reconhecimento de firma por autenticidade do transmitente/vendedor e do adquirente ocorrerem simultaneamente será suficiente uma única transmissão.

__§ 4º –__ O notário deve consignar no termo de reconhecimento de firma por autenticidade que a cópia digitalizada e as informações pertinentes à transferência do veículo serão transmitidas ao fisco no prazo legal.

__§ 5º –__ Poderá ser fornecida às partes, quando solicitada, certidão do termo de reconhecimento de firma por autenticidade, com indicação do cumprimento das obrigações impostas por este Decreto, mediante recolhimento de emolumentos, nos termos da Lei nº 11.331, de 26 de dezembro de 2002.

__§ 6º –__ Ao término do procedimento realizado pelo notário será emitido recibo digital de confirmação da realização da transmissão.

__Artigo 3º –__ A Secretaria da Fazenda disponibilizará as informações previstas no artigo 2º ao Departamento Estadual de Trânsito – Detran-SP que:

__I –__ atualizará os registros de seu cadastro de veículos com base nessas informações;

__II –__ comunicará à Secretaria da Fazenda, se for o caso, a ocorrência de inconsistências nas informações disponibilizadas.

__Artigo 4º –__ O cumprimento do disposto no artigo 2º pelo notário dispensa:

__I –__ o transmitente e o adquirente de cumprir a obrigação prevista no

parágrafo único do artigo 34 da Lei 13.296, de 23 de dezembro de 2008, de comunicar a alienação do veículo às autoridades competentes;

***II –** o transmitente de encaminhar, ao Detran-SP, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade do veículo, devidamente assinado e datado, conforme previsto no artigo 134 da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro).*

***Parágrafo único –** O transmitente poderá obter informações sobre a efetivação da comunicação de venda do veículo na área de serviços eletrônicos do Detran-SP (endereço eletrônico constante do texto original).*

***Artigo 5º –** Na hipótese de desfazimento de uma transferência de propriedade já informada à Secretaria da Fazenda pelo notário, o transmitente do veículo deverá dirigir-se a uma unidade de atendimento do Detran-SP e requerer a emissão de um novo Certificado de Registro do Veículo – CRV, bem como o cancelamento da comunicação realizada pelo notário.*

***Artigo 6º –** A Secretaria da Fazenda e o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN-SP poderão, por meio de ato conjunto, editar normas complementares para disciplinar o cumprimento do disposto neste decreto.*

***Artigo 7º** – Este decreto entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.*"

A recorrente afirma que há vício formal de inconstitucionalidade por ter o Estado de São Paulo invadido a competência exclusiva da União para legislar sobre trânsito (art. 22, XI, da Constituição Federal). Prossegue a autora afirmando que a norma está comprometida pela falta de razoabilidade ao dispor sobre a gratuidade do serviço a ser realizado pelos notários, porque os impede de cobrar emolumentos adicionais aos atos para concretizar a comunicação ao Detran e cita os arts. 25 e 111, da Constituição Estadual e afronta ao ideal arrecadador do Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça, que seria favorecido com parte do valor cobrado (art. 19, I, da Lei Estadual n. 11.331/2002).

Foi indeferida a liminar. A Procuradoria Geral do Estado suscitou questão relacionada com a ilegitimidade ativa, afirmando que os notários são representados pelo SINOREG-SP. A Procuradoria Geral de Justiça sugere o não conhecimento porque a impetração está calcada, por via oblíqua, em ofensa da Constituição Federal e menciona o art. 125, § 2º, da CF e, no mais, defende o ato e repudia a preliminar da Procuradoria do Estado.

É o relatório.

Os veículos, como coisas móveis, são adquiridos pela tradição (art. 1.226, do CC) e a transferência formal ou escritural que acontece pelo recibo do certificado de propriedade, depende, para sua eficácia plena, de reconhecimento de firma por atos dos cartórios que recebem delegação para abonar as assinaturas e cobrar por esses serviços. Os certificados não possuem a eficácia traslativa, sendo esse um princípio jurídico que não desmerece a importância

Acesso ao Sumário

do documento emitido pela Secretaria de Segurança Pública e que, na verdade, constitui verdadeiro controle da disciplina do trânsito, por regulamentar o acesso de pessoas a veículos de todas as modalidades.

Esse intróito é elaborado para tentar explicar que os leigos acreditam que o certificado prova a propriedade e a partir de sua regulamentação oficial, tudo o que se relacionar com os certificados de transferência de veículos ganhou destaque e forte repercussão na área jurídica. As operações que envolvem a transferência de veículos são monitoradas com rigor porque o órgão responsável pela fiscalização do tráfego (o DETRAN) efetua as transferências pelos certificados e transmite aos novos proprietários os encargos (como multas por penalidades e obrigações relativas ao IPVA), editando mapas atualizados que permitem a identificação do condutor, um assunto decisivo para políticas de prevenção e repressão pelos abusos e crimes cometidos no trânsito ou por manobras imprudentes, violentas e trágicas. O roubo e furto de veículos é outro fator de preocupação e o reconhecimento de firma, embora não iniba as fraudes, atua de forma solidária na prevenção desse complexo processo.

Os reconhecimentos de firmas deixaram de preocupar as autoridades, porque os notários exercem com eficiência esse mister que não é burocrático, mas, sim, de cunho produtivo e, salvo raríssimas exceções de alguns levianos certificadores de firmas falsas, não há perigo de dano pela prática rotineira. Persistia, no entanto, um atmosfera de grande insegurança pelo descuido, descaso e talvez má-fé dos interessados no que diz respeito ao dever de comunicar o DETRAN, de que houve venda do veículo, o que deveria ser realizado dentro de 30 dias (art. 34, da Lei 13.296/2008). Foi para preencher esse vácuo e eliminar os focos residuais de futuros conflitos pela falta de averbação da titularidade alterada, que veio a lume a norma desafiada pela Federação Brasileira de Notários e Registradores.

Cabe rejeitar as preliminares. A autora representa todos os notários em nível nacional e surge como representante deles, o que legitima a sua atuação (art. 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo), sendo que o fato de congregar a SINOREG, de São Paulo e de outros Estados, somente reforça a sua força coletiva. Quanto a inadequação por atacar, de maneira oblíqua, texto da Constituição Federal, não há esse perigo e que residia em subtrair dos órgãos jurisdicionais a competência. No entanto e porque a inicial é bem transparente sobre os limites da investigação, sem avanço para a Lei Maior, é de se concluir que a lide é mesmo perpendicular às forças estaduais. Resulta que as preliminares não estão com fundamentação convincente e aceitá-las seria um perigo para a efetividade da jurisdição, exatamente porque decisão de prestígio é aquela que define quem tem ou não tem razão e não aquela que nada resolve por adotar teses fracas ou frívolas que prejudicam o mérito.

O texto do tabelião substituto FRANK WENDEL CHOSSANI e acessível

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

(endereço eletrônico constante do texto original) informa que a Anoreg-RJ ingressou com ação idêntica e que o Órgão Especial do Tribunal do Rio de Janeiro teria concedido liminar para suspender a incidência da norma. Aqui, contudo, não foi deferida liminar e o articulista festeja a lei e lhe dá boas vindas, citando, inclusive, entrevista do vice-presidente do Colégio Notarial do Brasil, no sentido de que todos os cartórios estão preparados para cumprir a determinação.

A norma estadual não legisla sobre trânsito e em nenhum dos dispositivos contraria lei, normas e regulamentos editados para satisfazer os interesses públicos relacionados com a matéria. O Código de Trânsito e as Portarias do DENATRAN e do CONTRAN disciplinam a maneira com que se deve realizar a comunicação de transferência, inclusive pelo sistema eletrônico e nada muda diante do artigo 4º, do Decreto Estadual n. 60.489/2014. Inconstitucionalidade decorre de efeitos concretos ou de potencial lesivo evidenciado pela mensagem direta e transparte do texto editado em contrariedade ao sistema e não há nada no Decreto examinado que sugestione ter ocorrido alteração da dinâmica procedimental ou instituído regime diverso que prejudique o que já existe para atender as necessidades inspiradoras da intervenção legislativa.

Quem desejar realizar a comunicação pela forma tradicional está livre para fazê-lo e se pretende comunicar, pelo sistema eletrônico, poderá utilizar da Portaria 288/2009 do DENATRAN e da Resolução 398/2011, do CONTRAN. O que a legislação fez foi antecipar ou realizar ato facultativo para que falhas do proceder do particular não afetem a estrutura geral com fissuras pontuais capazes de romper a regularidade escritural e isso se faz pela comunicação imposta aos notários para a Secretaria da Fazenda (art. 2º). Embora o art. 4º diga que a providência do notário dispensa os contratantes de realizarem *sponte sua* a averbação no DETRAN, o vocábulo utilizado "dispensa" consagra a escolha correta para expor que o particular não está exonerado do seu dever, coisa que não poderia ser realizada pela norma. O interessado pode requerer a averbação e não está proibido de assim proceder. Portanto, criou-se um ato supletivo independente e que complementa o dispositivo primitivo sem ônus ao sujeito de direitos. Não é possível afirmar que houve invasão da competência exclusiva da União (art. 22, XI, da Constituição Federal).

Acesso ao Sumário

O segundo ponto dessa lide é emblemático e descortina uma visão depreciativa da grandeza da classe dos notários e registradores e que não se admite porque outros integrantes aplaudiram a iniciativa. A queixa, pelo que se compreende, é contra a gratuidade do serviço de comunicação e o libelo reclamador expõe, pela linguagem utilizada, uma sugestão de que não seria criticada a lei acaso ela autorizasse a cobrança de emolumentos pelo trabalho de comunicar o reconhecimento de firma à Secretaria da Fazenda (por meio do endereço eletrônico constante do texto original) (art. 2º). A ideia que se

transmite é a de ser o dinheiro o principal motivo da presente provocação, o que é desanimador em termos de pensar eficiente e produzir prevenção de ilícitos.

Os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público (art. 236, da Constituição Federal) e, naturalmente, estão subordinados, em primeira e mais importante finalidade ou ideologia, as diretrizes e fundamentos do interesse público. Caso as serventias sejam deficitárias, existe complemento de renda e, naturalmente, não será porque a comunicação de reconhecimento de firma impeça a cobrança de emolumentos, que se está desvirtuando o motivo do serviço estabelecido pela norma, como que estivesse impondo limitações ou sobrecargas que superem os traços da razoabilidade. Sequer despesa pela comunicação foi levantada ou provada e sobre a menção do fundo de reserva administrado pelo Tribunal, não está o Judiciário preocupado em zelar pela uniformidade ou rígida adesão ao espírito arrecadador da lei criadora de tal fundo, até porque o preço que se paga pelo reconhecimento e da autenticação remunera o serviço e o encargo extra.

Esse fundo, convém esclarecer a quem ler essa fundamentação, recebe parte (percentual) dos emolumentos recolhidos pelos serviços notariais e é administrado pelo Poder Judiciário, que, diga-se, não está movimentando a jurisdição em defesa dos supostos benefícios excluídos. A legislação, na verdade, não cria serviço notarial diferente ou digno de ser patenteado para cobrança em separado, porque o trabalho de comunicar integra o processo de reconhecimento de firma, que é pago pelo usuário, sobrevindo o repasse ao fundo. É de se concluir que se houve perda de arrecadação e diminuta redução do fundo previsto na Lei Estadual 11.331/2002, essa provável receita perdida ou dispensada não se sobrepõe ao sentido da obra legislativa, cujo objetivo atende ao interesse público relevante e primordial.

Para arrematar, existe uma justificável dúvida de constituir o dever de comunicar o reconhecimento de firma ato ou função notarial e isso exclui a tarifação de custas e emolumentos pela sua prática. A releitura do trabalho de EDUARDO COUTURE sobre o conceito de fé pública (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª edição, 1989, tomo II, p. 66, item 45) não autoriza inserir a mera comunicação como dever de escrivão (lavrar escrituras), de notário (lançar notas aos registros) e outros conhecidos, porque não exerce função de certificar absolutamente nada ou de atestar a verdade, que o Estado autoriza que se faça em seu nome. É uma mera informação de serviço prestado e não teria sentido exigir pagamento por isso.

Julgam a ação improcedente, pagando a impetrante as custas legais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2156457-41.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FUPESP, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAJATI e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAJATI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U..”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.011)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – LEI Nº 061, DE 09 DE SETEMBRO DE 1993, QUE DISCIPLINA O REGIME JURÍDICO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DE CAJATI E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – AFASTAMENTO REMUNERADO DE SERVIDORES PARA EXERCÍCIO DE MANDATO CLASSISTA – PREVISÃO DO ARTIGO 125, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – LEGISLAÇÃO MUNICIPAL IMPUGNADA QUE NÃO VERSA SOBRE A QUESTÃO – OMISSÃO CONSTITUCIONAL CONSTATADA – DIREITO À LIBERDADE SINDICAL QUE DEVE SER PLENAMENTE ASSEGURADO – NORMA, ALIÁS, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NO

ÂMBITO MUNICIPAL POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA CARTA PAULISTA – IRRELEVÂNCIA NA ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA, ADEMAIS – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE.

VOTO

Ação de inconstitucionalidade por omissão voltada contra Lei Municipal nº 061, de 9 de setembro de 1993, do Município de Cajati, que disciplina o regime jurídico dos funcionários públicos municipais e dá outras providências.

Afirma a exordial que o ato normativo impugnado não disciplinou, em seu Título III, Capítulo III (artigos 66 a 80) o direito à licença do servidor público eleito para desempenho de mandato classista em sindicato da categoria, no âmbito da Administração Municipal de Cajati, constituindo assim verdadeira omissão inconstitucional, face ao que prevê o artigo 125, § 1º, da Carta Paulista.

Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 106/108, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

Informações prestadas pelo Prefeito Municipal de Cajati a fls. 114/120, decorrido ***in albis*** respectivo prazo para a Câmara Municipal.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 144/153, opinou pela improcedência do pedido inicial, argumentando basicamente inexistir omissão legislativa diante da adoção do regime celetista para o funcionalismo público municipal, valendo a regra do artigo 543, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho quanto ao eventual afastamento de empregados públicos para o exercício de mandato classista.

É o Relatório.

A Constituição da República assegura, nos artigos 1º e 18, indistinta autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

Indigitada autonomia organizacional não ostenta caráter absoluto, devendo respeito às balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como prevê não só o art. 29 da Magna Carta, mas também o art. 144 da Constituição Estadual:

"*Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*"

Com efeito, o princípio da democracia e do Estado de Direito (art. 1º da Constituição da República) tem na lei instrumento essencial, cuja finalidade

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

precípua é efetivamente concretizar a ordem fundamental estabelecida na Constituição.

A exigência de diploma normativo infraconstitucional assume singular relevância nas hipóteses em que a própria Constituição impõe a atuação positiva do legislador, como forma de tornar plenamente eficaz determinado mandamento constitucional, daí exsurgindo, em caso de inércia, verdadeira omissão inconstitucional.

Bem explana Luis Roberto Barroso[1], "*como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional. Nesta hipótese, sua inércia será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão. Adotando-se a tríplice divisão das normas constitucionais quanto a seu conteúdo, a omissão, como regra, ocorrerá em relação a uma norma de organização ou em relação a uma norma definidora de direito. As normas programáticas, normalmente, não especificam a conduta a ser adotada, ensejando margem mais ampla de discricionariedade aos poderes públicos*".

In casu, a Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo – FUPESP sustenta que o legislador local, ao editar a Lei nº 061, de 09 de setembro de 1993, do Município de Cajati/SP (fls. 44/94), ao disciplinar o regime jurídico dos funcionários públicos locais e dispor sobre outras providências, omitiu-se quanto ao direito de afastamento do servidor público eleito para exercício de mandato classista sem prejuízo de seus vencimentos, consoante previsão do art. 125, § 1º, da Constituição Bandeirante, ***verbis***:

"*Artigo 125 – O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.*

§ 1º – Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei."

Realmente, o exame do ato normativo impugnado, especificamente em seu Título III, Capítulo III (artigos 66 a 106 – fls. 51/54 e 56/61) revela não ter regulamentado apontado mandamento de índole constitucional, o que é ratificado pela certidão acostada a fls. 125, indicando a inexistência de lei municipal regulando o assunto.

A norma do art. 125, § 1º, da Carta Paulista, tem assento, ***ultima ratio***, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, alçados a fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito

1 *In* "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", Saraiva, p. 250/251.

(art. 1º, inciso IV, Constituição da República), em que livre a associação profissional ou sindical, vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei (art. 8º, ***caput*** e inciso VIII, Constituição da República).

A liberdade sindical, também assegurada aos servidores públicos civis por força do art. 37, inciso VI, da Magna Carta, deve ser efetiva a ponto de resguardar não só a livre adesão aos interessados, mas também outras liberdades consistentes na atuação do sindicato, filiação a associações sindicais de grau superior e sua própria fundação, no que se insere a constituição do corpo dirigente e a remuneração que devem seus integrantes receber.

Indubitável que o direito de afastamento do servidor público para exercício de mandato classista sem prejuízo de seus vencimentos afina-se ao espírito da Constituição da República, solidificando as relações trabalhistas e preservando a plena liberdade sindical, em nada colidindo com os preceitos da Lei Maior, embora apenas na Carta Bandeirante esteja, desta forma, assegurado tal afastamento.

Decorrência lógica do princípio da supremacia a obrigatória conformação da legislação municipal às normas, regras e princípios instituídos nas Constituições da República e Estadual.

É assente, ademais, na jurisprudência deste C. Órgão Especial que o direito previsto no § 1º do art. 125 da Constituição Bandeirante constitui-se em norma de repetição obrigatória na estrutura legislativa municipal, por força do art. 144 da mesma Carta. Nesse sentido: ADI nº 0235220-95.2011.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, J. 25.04.2012 destaque adicionado; ADI nº 0054992-91.2012.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, J. 19.09.2012.

Nestas circunstâncias, constatada omissão constitucional na Lei nº 061, de 09 de setembro de 1993, do Município de Cajati, ao disciplinar o regime jurídico dos servidores locais e não regulamentar o direito de afastamento, constitucionalmente garantido, para fins de exercício de mandato classista, sem prejuízo dos respectivos vencimentos.

Cumpre frisar***, rogata venia*** ao ilustre parecer ofertado pela Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 144/153), previsão contida no art. 543, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, não pode mitigar direito de assento constitucional.

Irrelevante na hipótese a adoção do regime celetista para o funcionalismo público municipal. Primeiramente, consoante as informações coligidas pelo próprio Prefeito (fls. 115 e 128), a Administração local ainda ostenta servidores sob o regime estatutário, embora em minoria; além disso – mas principalmente

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

–, a norma constitucional garantidora não faz qualquer diferenciação entre o regime jurídico adotado pelo servidor, não comportando ao intérprete fazê-lo, segundo o brocardo ***ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus***.

Em situações nitidamente semelhantes, inclusive enfrentando a questão do regime celetista, este C. Órgão Especial posicionou-se favoravelmente ao reconhecimento da omissão constitucional pela inércia do legislador local em regulamentar o direito previsto no art. 125, § 1º da Constituição do Estado:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Trata-se de insurgência ajuizada pela Federação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo em face da Lei Orgânica do Município de Amparo que, ao contrário do disposto no artigo 125, § 1º, da Constituição do Estado, não assegura afastamento remunerado de servidores públicos, ainda que celetistas, para mandato classista em sindicato da categoria – Impende o reconhecimento do direito do servidor público eleito de ser afastado, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens, nesta hipótese – Princípio da Simetria Estrutural – Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus – Ação procedente – Precedentes do Órgão Especial.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0183316-02.2012.8.26.0000, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. em 30.01.2013)

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Lei Orgânica de Cafelândia – Ato normativo que não contempla, em seu texto, a disciplina do direito do servidor público, eleito para o exercício de mandato classista, ao afastamento remunerado de suas funções, pouco importando o regime celetista – Omissão legislativa inconstitucional configurada, por ofensa negativa ao disposto no artigo 125, § 1º, da Constituição Estadual (que constitui regra de reprodução obrigatória no ordenamento jurídico municipal) – Jurisprudência do Egrégio Órgão Especial – Ação procedente.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0336120-23.2010.8.26.0000, rel. Des. Sousa Lima, j. em 03.08.2011). Confira-se, ainda: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0142914-39.2013.8.26.0000, rel. Des. Itamar Gaino, j. em 10.02.2014; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2030082-92.2014.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 30.07.2014.

Registra-se, finalmente, constatada a omissão inconstitucional, não cabe ao Judiciário a elaboração de regra no caso concreto em atípica atividade legislativa, em prestígio ao princípio da separação dos poderes, mas tão somente determinar a ciência dos Poderes competentes à colmatação da norma.

Meu voto, portanto, julga procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo por objeto a Lei nº 061, de 09 de setembro de 1993, do Município de Cajati, fixando-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que os Poderes Executivo e Legislativo Municipais adotem as providências necessárias para sanar a mencionada omissão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2200531-83.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.972)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 11 de março de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Emenda à Lei Orgânica nº 21, de 10.09.14, ao acrescentar o inciso XXIV ao art. 90 da Lei Orgânica Municipal de Guarujá. Lei municipal dispondo sobre restrição à contratação com o Poder Público. Veda, ocupantes de cargos eletivos, em comissão ou função gratificada, e outros lá referidos, até seis meses do término das respectivas funções, a contratação com o Município. Vício. Inocorrência. Disposição legal não desrespeita os princípios constitucionais apontados, ao contrário, os privilegia, sem, inclusive, restringir a competição entre licitantes. Restrição não se mostra desarrazoada máxime quando envolvidos interesse e verba públicos. Precedentes deste C. Órgão Especial

Acesso ao Sumário

e da Suprema Corte.
Improcedente a ação, cassada a liminar.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da Prefeita Municipal de Guarujá tendo por objeto a **Emenda à Lei Orgânica nº 21**, **de 10.09.14**, ao acrescentar o **inciso XXIV ao artigo 90 da Lei Orgânica Municipal** impondo vedação àqueles ocupantes de cargo eletivo, em comissão ou função gratificada, de contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses depois de findas as respectivas funções, estendido o impedimento às pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco afim consanguíneo até o segundo grau ou por adoção.

Sustentou, em resumo, haver inequívoca afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, razoabilidade, eficiência e igualdade (arts. 111 e 117 da CE). Correta a vedação apenas quanto aos agentes políticos. Desarrazoadas e desproporcionais as restrições impostas. Cabe a análise da necessidade e adequação da providência legislativa. Citou jurisprudência. Daí a suspensão liminar e a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/13).

Concedida a liminar (fls. 83), declinou de sua intervenção o d. Procurador-Geral do Estado (fls. 92/94). Vieram informações (fls. 98/131). Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 134/145).

É o relatório.

2. Improcedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da Prefeita Municipal de Guarujá tendo por objeto a **Emenda à Lei Orgânica nº 21**, **de 10.09.14**, ao acrescentar o **inciso XXIV ao artigo 90 da Lei Orgânica Municipal** impondo vedação àqueles ocupantes de cargo eletivo, em comissão ou função gratificada, de contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses depois de findas as respectivas funções, estendido o impedimento às pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco afim consanguíneo até o segundo grau ou por adoção.

Nos seguintes termos o dispositivo questionado:

"***XXIV*** *– O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de Cargo em Comissão ou Função Gratificada, as pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco afim consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais não podendo contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.*" (fls. 20).

Sem razão, no entanto, o autor.

Inequívoco ser privativa da União a competência para legislar sobre

normais gerais em matéria de licitação – art. 22, XXVII, da Constituição Federal e Lei Federal nº 8.666/93.

De outra parte, inconstitucionalidade **não** há na criação, em lei municipal, de **regras especiais** para os processos licitatórios locais.

Esse o entendimento de **MARÇAL JUSTEN FILHO**:

"*Rigorosamente, a disciplina do art. 22, inc. XXVII, da CF/88 não produz maiores efeitos ou inovações na sistemática geral. A União dispõe de competência para editar normas gerais – seja por força do referido art. 22, inc. XXVII, seja por efeito do art. 24. Existe a competência privativa dos entes federativos para editar normas especiais. A eventual omissão da União em editar normas gerais não pode ser um obstáculo ao exercício pelos demais entes federativos de suas competências. Assim, por exemplo, a eventual revogação da Lei nº 8.666, sem que fosse adotado outro diploma veiculador de normas gerais, não impediria que os demais entes federativos exercitassem competência legislativa plena.*" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" – 2012 – 15ª ed. – Ed. Dialética – p. 15).

Não discrepa **HELY LOPES MEIRELLES** ("Licitação e Contrato Administrativo" – Ed. Malheiros – 13ª ed. – 2002 – p. 39/40).

Assim já se posicionou a **Colenda Suprema Corte**, **inclusive**, cuidando de igual questão:

"*Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. **COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A **Constituição Federal** outorga à União a competência para editar normas gerais sobre **licitação** (art. 22, XXVII) e **permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades**. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando 'a igualdade de condições de todos os concorrentes'. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. **A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função***

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

***de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes**. **Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação**. Recurso extraordinário provido.*"(grifei – **STF** – RE nº 423.560 – DJ-e de 18.06.12 – Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**).

Tal é o caso dos autos.

Como bem ponderou a D. Procuradoria, também com respaldo em aludido precedente:

"*A vedação à celebração de contratos pelo Município com ocupantes de cargos em comissão, funções gratificadas, pessoas a eles relacionados e a ocupantes de cargos efetivos visa, de forma preventiva, buscar evitar favorecimentos e conluios, potencialmente causadores de prejuízo ao erário e à moralidade administrativa.*"

"*Assim, a norma impugnada, diferentemente do alegado pelo autor, dá efetiva aplicabilidade aos princípios da **impessoalidade, moralidade, eficiência e interesse público**, os quais norteiam a atuação da Administração Pública, insculpidos no artigo 111 da CE, que assim dispõe:*"

"'*Artigo 111 – A administração pública direta e indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação interesse público e eficiência.*'"

"*Não se verifica, ainda, violação à igualdade entre os licitantes.*"

"*Vale anotar, de início, que a restrição imposta atinge não apenas as contratações realizadas por meio de licitação, como também aquelas encetadas mediante dispensa e/ou inexigibilidade de procedimento licitatório.*"

"*A vedação à participação das pessoas citadas em procedimentos licitatórios, além de afirmada ao teor do artigo 9º da Lei de Licitação longe de macular a igualdade entre os licitantes, concretiza a efetiva competitividade e isonomia, ao impedir conchavos e favorecimentos calcados em relações de parentesco com agentes públicos, conferindo, portanto, máxima efetividade ao mandamento constitucional insculpido no artigo 117 da CE/89 que reproduz o artigo 37, XXI, da CF/88:*"

"'*Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a*

Acesso ao Sumário

todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.’”

“*Ao apreciar legislação similar, assim se pronunciou o **Colendo STF**:*”

“‘*É certo que o referido art. 9º não estabeleceu, expressamente, restrição à contratação com parentes dos administradores, razão por que há doutrinadores que sustentam, com fundamento no princípio da legalidade, que não se pode impedir a participação de parentes nos procedimentos licitatórios, se estiverem presentes os demais pressupostos legais, em particular a existência de vários interessados em disputar o certame (v.g. BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. In: BLC: Boletim de licitação e contratos, v. 22, n. 3, p. 216-232, mar. 2009). Não obstante, entendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação dos demais entes da federação, a fim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais (no caso dos municípios, com fundamento no art. 30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema. E dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de questão das mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Acrescento, ainda, que norma dessa natureza traz ínsita a garantia de possibilidade de efetiva, real e isonômica competição, pois impede favorecimentos e benefícios em razão do grau de parentesco com os agentes públicos. Não é ocioso relembrar, embora não seja especificamente a hipótese dos autos, que esta Corte, no julgamento da ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, declarou a constitucionalidade da Resolução 07/2005 que veda o nepotismo no Poder Judiciário, o que demonstra o entendimento deste Tribunal no sentido de privilegiar o princípio da moralidade administrativa.*’ *(RE – 423.560/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Julgado em 29.05.2012)*” (grifei, além do grifo no

original – fls. 141/145).

Já se pronunciou este **Colendo Órgão Especial** sobre disposição legal semelhante da Lei Orgânica de Álvares Machado:

"*... embora não sirva de parâmetro para o pretendido controle abstrato, a Lei de Licitações (Lei Federal 8.666/93), através de seu art. 9º, impede que servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação participe, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários. Como se vê, por motivos semelhantes, dita espécie normativa proíbe que servidores ou dirigentes de tais entidades venham a participar de licitação ou execução de contratos administrativos, não se afigurando aberrante a disposição do município de Álvares Machado.*"

"*Sobre isso, afirma Carlos Ari Sundfeld:* '*O inciso III refere-se simplesmente a servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, não definindo com precisão a abrangência subjetiva da proibição. Para ser por ela colhido, basta ser servidor ou dirigente de qualquer órgão da entidade administrativa licitadora ou contratante ou o impedimento atinge apenas os servidores e dirigentes do específico órgão que está licitando ou contratando? A solução da dúvida deve considerar o objetivo presumível da norma: impedir que o agente administrativo use em proveito próprio a influência que, sobre as decisões administrativas relativas à licitação ou ao contrato, os poderes de seu cargo propiciem. Destarte, parece razoável que a vedação atinja, além dos servidores e dirigentes do órgão, também as autoridades com poder hierárquico sobre ele (isto é: todas as componentes da linha hierárquica que vai do órgão licitador ao dirigente máximo da entidade)*' ("*Licitação e Contrato Administrativo*", *Malheiros Editores, 1994, pgs. 119/120*)."

"*Axiomático, de qualquer maneira, que a restrição imposta à Administração, tendo em vista o exercício de cargos públicos pelos interessados ou a relação de parentesco entre estes e os titulares daqueles cargos, objetivou impedir o favorecimento pessoal de protegidos das autoridades públicas, em consonância, assim, com os princípios da* ***moralidade*** *e* ***probidade administrativa****.*"

"*Já que é essa a inescondível finalidade da norma, de modo algum se poderia afirmá-la desarrazoada, pois é dever do administrador ser honesto e probo, isto é, proceder* '*no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer*' *(JOSÉ AFONSO DA SILVA,* "*Curso de Direito Constitucional Positivo*", *Ed. R.T., 1990, pág. 563).*" (grifo no original – ADIn nº 0.108.445-21.2000.8.26.0000 – p.m.v. de 04.09.02 – Rel. Des. **JARBAS MAZZONI**).

Não se afrontam princípios constitucionais administrativos apontados –

Acesso ao Sumário

arts. 37 da CF e 111 da CE, especialmente os da impessoalidade e moralidade – ao contrário, **prestigiam-se**.

Norma, ao contrário do alegado, assegura efetiva, real e isonômica competição, e impede favorecimentos e benefícios em razão do grau de parentesco com os agentes públicos.

Sequer a **competitividade** favorável ao interesse público ou a **razoabilidade** se veem desrespeitadas. Relativamente pequeno o contingente de impedidos – total de 1.169 servidores e pessoas a eles relacionadas (fls. 06), diante da população atual apontada – cerca de 290 mil habitantes (fls. 06).

E ainda como bem acrescentou a D. Procuradoria:

> "*... no tocante à alegação contida na inicial de que teria havido ofensa à igualdade entre os licitantes, embasada no confronto do número de habitantes x número de servidores, além de se apresentar dissociadas da realidade, por desconsiderar que o Município do Guarujá está inserido na Região Metropolitana da Baixada Santista (Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Mongaguá, Peruíbe, Praia Grande, Santos e São Vicente) que conta com aproximadamente 1.700.000,00 habitantes, encontra insuperável óbice nesta via de controle concentrado de constitucionalidade, por envolver apreciação da matéria fática.*" (grifei – fls. 145).

Observe-se, ainda – **não** como parâmetro para o exame de inconstitucionalidade da norma, porque **inadmissível** – a disposição trazida por Súmula Vinculante nº 13 da **Suprema Corte**:

> "*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o* ***terceiro grau****, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*" (grifei).

Finalmente, precedentes citados (fls. 10/11) a tanto **não** se prestam. O primeiro, de minha relatoria, conferia preferência à contratação de serviços locais e regionais. O segundo, de contratação, para cargos em comissão ou de caráter temporário, de parentes e afins lá elencados. O último, semelhante ao primeiro, exigia do vencedor em licitação de obras a contratação parcial (40%) de munícipes.

Mais não é preciso acrescentar.

Ausente vício de inconstitucionalidade a invalidar o dispositivo legal.

Improcedente, portanto, a ação, mantém-se o **inciso XXIV do artigo**

Acesso ao Sumário

90 da Lei Orgânica Municipal de Guarujá, acrescentado pela Emenda à Lei Orgânica nº 21, de 10.09.14, **cassada** a liminar concedida (fls. 83).

3. Julgo improcedente a ação. Casso a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2074872-64.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.499/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 11 de março de 2015.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.013/2014, de autoria parlamentar, do Município de Franca, dispondo sobre o fornecimento de alimentação escolar diferenciada para alunos diagnosticados como diabéticos, obesos ou celíacos, nas escolas da rede pública local.

2. Estadeado o vício de iniciativa, considerando-se que ao Poder Executivo é atribuída a competência legislativa quando a matéria envolva administração pública, aí englobado o ensino público, culminando em ofensa ao princípio da separação dos Poderes a subsistência da lei em exame, tal como promulgada.

3. Afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 2 e 47, II, XI, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual.

4. A criação de despesas sem indicação da fonte de custeio, não oferece compatibilidade com os artigos 25, 174, III e 176, I, da Carta Bandeirante.

5. Julgaram procedente a ação.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade manejada pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA, em face da Lei nº 8.013/2014, de autoria da CÂMARA MUNICIPAL local, dispondo sobre o fornecimento de alimentação escolar diferenciada para os alunos diagnosticados como diabéticos, obesos ou celíacos, nas escolas da rede pública daquela municipalidade, afrontando tal dispositivo a iniciativa privativa da Administração para a instalação de programas de governo, além de criar novas despesas, sem especificar a fonte de custeio.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A ação é procedente.

Invocando ofensa à iniciativa privativa do Poder Executivo municipal, ingressou o digno Prefeito de Franca com esta ação direta, afirmando inconstitucional a Lei nº 8.013/2014, dispondo sobre o fornecimento de alimentação nas escolas da rede pública, matéria não afeta às atribuições legislativas da Câmara Municipal.

Assim dispõe o texto da lei impugnada:

"*Art. 1º É obrigatório o fornecimento de alimentação escolar diferenciada para alunos diagnosticados como diabéticos, obesos e celíacos em todas as escolas da rede pública do Município de Franca, Estado de São Paulo.*

Art. 2º A alimentação especial será orientada e supervisionada por médicos e nutricionistas.

Art. 3º O Poder Executivo Municipal deverá regulamentar esta lei no prazo de noventa dias a contar da data de sua edição.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

Em que pese a louvável iniciativa da Câmara Municipal daquela localidade, presente o vício de iniciativa, considerando-se que ao Poder Executivo é atribuída a competência legislativa quando a matéria envolva administração pública e geração de despesas, aí englobado o ensino público,

Acesso ao Sumário

culminando em ofensa ao princípio da separação dos Poderes a subsistência da lei em exame tal como promulgada.

Exemplo dessa competência reservada é o Decreto Presidencial nº 6.286/2007, que institui o Programa Saúde na Escola e dá outras providências.

A respeito do tema, assim já se pronunciou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

> “**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. LEI MUNICIPAL N. 10.729/2009. INICIATIVA PARLAMENTAR CRIA O PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DIFERENCIADA PARA CRIANÇAS DIABÉTICAS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. IMPOSIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PARA AGENTES E ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 280 DO STF.**
>
> **1. Padece de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, lei municipal que, resultante de iniciativa parlamentar, imponha políticas de prestação de serviços públicos para órgãos da Administração Pública** *(Precedentes: ADI n. 2.857, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, DJe de 30.11.07; ADI n. 2.730, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 28.5.10; ADI n. 2.329, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 25.6.10; ADI n. 2.417, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Pleno, DJ de 05.12.03; ADI n. 1.275, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 08.06.10; RE n. 393.400, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17.12.09; RE n. 573.526, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 07.12.11; RE n. 627.255, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23.08.10, entre outros).*
>
> **(RE 704450/MG – MINAS GERAIS, Relator Min. LUIZ FUX, Julgamento: 14/05/2014, Publicação DJe-094 DIVULG 16/05/2014 PUBLIC 19/05/2014).**

A norma constitucional em afronta vem retratada nos artigos 5º, 24, § 2º, 2 e 47, II, XI, XIV e XIX, “a”, da Constituição Estadual.

Além do que, a criação de despesas sem indicação da fonte de custeio, não oferece compatibilidade com os artigos 25, 174, III e 176, I, da Carta Bandeirante.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 8.013/2014, do Município de Franca.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2000359-91.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE OURINHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OURINHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.654)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 11 de março de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "I – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal de Ourinhos nº 6.154, de 15 de outubro de 2014, que 'autoriza a implantação do 'Boletim Escolar Eletrônico' nas escolas da rede pública de ensino do município de Ourinhos'.

II – Trata-se de diploma legislativo verticalmente incompatível com a regra da iniciativa reservada e com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

III – Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo. Se a competência que disciplina a gestão administrativa é privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo importa em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Além disso, a lei cria despesas para o erário público sem indicar a fonte dos recursos disponíveis para fazer frente aos novos encargos. Ofensa aos artigos 5º; 24, § 2º, 1; 25; 47, II e XIV; 144 todos da Constituição Paulista.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

IV – Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente.”

VOTO

1. Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade formulada por Belkis Gonçalves Santos Fernandes, Prefeita do Município de Ourinhos, impugnando a Lei Municipal nº 6.154, de 15 de outubro de 2014. A referida legislação, de iniciativa parlamentar, autoriza a implantação do “Boletim Escolar Eletrônico”, nas escolas da rede pública de ensino do município.

Aduz a autora, em apertada síntese, violação ao princípio da separação e independência dos poderes e também ao princípio da reserva de iniciativa. Segundo, consta da inicial, é flagrante a usurpação de competência. Assim sendo, o fundamento do pedido está na inconstitucionalidade formal da lei municipal na medida em que a matéria regulada é reservada a iniciativa privativa do Prefeito Municipal. Outrossim, estaria a lei prevendo o aumento de despesas sem a respectiva previsão orçamentária, o que é vedado. Aponta violação aos artigos 5º; 24, § 2º; 25; 47, II e XIV; 144 e 176, I todos da Constituição Estadual. Pugna, assim, pela procedência da ação. Concedida liminar (fls. 27/28).

Citada, a Câmara Municipal de Ourinhos, representada por seu Presidente, apresentou suas informações às fls. 34/35.

A Fazenda Pública Estadual, por intermédio do Procurador Geral do Estado, afirmou que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local e deixou de defender a norma impugnada (fls. 64/66).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (pág. 68/82).

2. A ação comporta procedência.

A Lei nº 6.154, de 15 de outubro de 2014 dispõe:

“***Art. 1º –** Autoriza a implantação do ‘Boletim Escolar Eletrônico’ nas escolas da Rede Pública de Ensino do município de Ourinhos, onde constarão notas, frequências e observações acerca do comportamento do aluno através da internet.*

§ 1º – O Poder Público Municipal poderá, a seu critério, proporcionar recursos técnicos necessários para viabilizar a implantação do ‘Boletim Escolar’ na forma eletrônica, através do site da Secretaria Municipal de Educação.

§ 2º – A critério do Executivo, as escolas públicas no âmbito do Município deverão fornecer aos pais ou responsáveis pelos alunos, no momento da matrícula, uma cartilha explicando detalhadamente como proceder para acessar o ‘Boletim Escolar Eletrônico’, inclusive sobre o uso da senha confidencial para acessar os dados nele contidos.

***Art. 2º –** Uma vez implantado o ‘Boletim Escolar Eletrônico’, as escolas*

Acesso ao Sumário

da Rede Pública Municipal de Ensino serão responsáveis pela alimentação dos bancos de dados com as informações que gerarão o ‘Boletim Escolar Eletrônico’.

***Art. 3º –** A implantação do ‘Boletim Escolar Eletrônico’, a critério do Executivo, não excluirá a emissão impressa do documento escolar, possibilitando a consulta pessoalmente do responsável junto à instituição pública de ensino.*

***Art. 4º –** O Poder Executivo poderá regulamentar a presente Lei no prazo máximo de 90 (noventa) dias.*

***Art. 5º –** As despesas decorrentes com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, que, a critério do Executivo, poderão ser suplementadas.*”.

De fato, a lei está eivada de vício formal de inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo. Com efeito, se a competência para organização e funcionamento das secretarias e órgãos da administração é privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo importa em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Os artigos 5º, 47, XIV e XIX, “a”, e 144, todos da Constituição Bandeirante impedem tal usurpação.

3. A harmonia entre os Poderes é princípio de observância obrigatória pelos Municípios, conforme decorre do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual.

Trata-se de diploma legislativo verticalmente incompatível com a regra da iniciativa reservada e com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

Na organização político-administrativa brasileira, o governo municipal apresenta funções divididas. Os prefeitos são os responsáveis pela função administrativa, que compreende, dentre outras coisas, o planejamento, a organização e a direção de serviços públicos, enquanto que a função básica das Câmaras Municipais é legiferar, ou seja, editar normas gerais e abstratas que devem pautar a atuação administrativa.

A matéria disciplinada na lei combatida encontra-se no âmbito da atividade administrativa. Sendo assim, privativa do Chefe do Poder Executivo e inserida na esfera do poder discricionário da Administração.

Pois bem. Como essas atribuições foram preestabelecidas pela Carta Política de modo a prevenir conflitos, qualquer tentativa de burla de um Poder pelo outro tipifica violação à independência e harmonia entre eles.

4. Por fim, não bastasse isso, a lei impugnada gerará realização de despesas para o município sem indicar a fonte de receita desses recursos, não bastando a afirmação genérica de que “*As despesas decorrentes com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias ...*”, sendo necessário

Jurisprudência - Órgão Esspecial
Acesso ao Sumário

especificar no orçamento municipal a origem da receita correspondente ao custeio.

Portanto, ao editar a lei objurgada, a Câmara de Vereadores local invadiu a esfera de atribuições próprias do Poder Executivo, donde caracterizada a violação aos artigos 5º; 24, § 2º, 1; 25; 47, incisos II e XIV; 144 da Constituição Paulista, todos impeditivos de tal usurpação.

5. Com base em tais fundamentos, **julga-se procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6.154, de 15 de outubro de 2014, do Município de Ourinhos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2202026-65.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.504)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 11 de março de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 7.307, de 09 de setembro de 2014, do Município de Guarulhos, que cria o Vale Transporte Social, isentando do pagamento do transporte coletivo do Município o cidadão desempregado. Matéria reservada ao Poder Executivo. Vício de iniciativa e violação ao princípio

de separação dos poderes. Ausência de previsão orçamentária, criando ônus ao Executivo, sem indicação de fonte de custeio. Violação aos arts. 5º, 47, II, XIV, XVIII e 25 da Carta Bandeirante, aplicáveis ao Município por força do princípio da simetria constitucional, insculpido no art. 144 da citada Carta. Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 7.370, de 09 de setembro de 2014, de iniciativa parlamentar, que instituiu através do denominado “Vale Transporte Social”, pelo prazo máximo de 180 dias, a gratuidade da passagem de ônibus aos trabalhadores desempregados usuários do Sistema Bilhete Único, no âmbito do Município de Guarulhos.

Alega o Autor, Prefeito do Município de Guarulhos, haver oposto veto total à lei que, não obstante, foi promulgada pela Edilidade.

Sustenta que a norma vergastada padece de vícios insanáveis, *v.g.* o vício de iniciativa, consistente na agressão à prerrogativa do Poder Executivo Municipal em disciplinar a execução e a regulamentação de serviços públicos, envolvendo planejamento, direção, organização de tais atos; fere, ainda, a autonomia gerencial e de custos do Município, ao criar gastos extraordinários não previstos para tais ações, criando obrigações a serem cumpridas pela Administração Pública, onerando-a e sobrecarregando-a; acrescenta que a norma guerreada viola o princípio da separação dos poderes, posto que ao Executivo cabe, primordialmente, a função de administrar, que não pode ser usurpada pelo legislativo, ao editar lei no sentido formal que contenha atos administrativos ou judiciários. Feridos, pois, os artigos 5º, 47, incisos II, XVII e XIV, 25, 174 e 176, I, todos da Carta Bandeirante, devendo ser declarada a inconstitucionalidade.

Concedida a liminar (fls. 50/51), o d. Procurador Geral do Estado manifestou-se pelo desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 62/64).

Vieram para os autos as informações do Sr. Presidente da Câmara do Município de Guarulhos, pretendendo afastar a pretensão do autor, ao fundamento de cuidar-se de norma de interesse local, que não feriu nenhum dispositivo da Constituição Estadual (fls. 66/74).

Parecer da d. Procuradoria Geral da Justiça, pela procedência da ação.

É o relatório.

Procede a ação.

Com efeito, trata-se de norma de iniciativa parlamentar que instituiu através do denominado “Vale Transporte Social”, pelo prazo máximo de 180 dias, a gratuidade da passagem de ônibus aos trabalhadores desempregados

Acesso ao Sumário

usuários do Sistema Bilhete Único, no âmbito do Município de Guarulhos.

Este é o texto da Lei ora impugnada:

"***LEI Nº 7307***

De 09 de setembro de 2014.

Autoria: Vereadores HELENO METALÚRGICO e MAURÍCIO BRINQUINHO

'VALE TRANSPORTE SOCIAL AO DESEMPREGADO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS'.

O Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos, Senhor EDUARDO SOLTUR, nos termos do § 7º do artigo 44 da Lei Orgânica do Município de Guarulhos, promulgada em 05 de abril de 1990, FAZ SABER que, em decorrência do silêncio do Senhor Chefe do Executivo em relação ao comunicado de rejeição, na Sessão Ordinária de 02 de setembro de 2014, do Veto Total aposto ao Autógrafo nº 059/14, referente ao Projeto de Lei nº 2200/13, de autoria dos Vereadores HELENO METALÚRGICO e MAURÍCIO BRINQUINHO, promulga a seguinte Lei:

***Art. 1º** Será instituída a gratuidade da passagem de ônibus aos trabalhadores desempregados, no âmbito do Município de Guarulhos, aos usuários do Sistema Bilhete Único, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, denominado Vale Transporte Social.*

***Art. 2º** A gratuidade de que trata esta Lei fica condicionada à comprovação formal, ou seja, carteira assinada do trabalhador demitido ou demissionário há no mínimo um mês e no máximo seis meses, desde que tenha trabalhado pelo menos seis meses contínuos no último emprego, cuja renda mensal seja igual ou inferior a 3 (três) salários mínimos.*

***Art. 3º** Somente terão direito ao Vale Transporte Social, o trabalhador desempregado, cadastrado em uma das agências do trabalhador do Sistema Nacional de Emprego, vinculadas à Secretaria de Estado do Trabalho.*

***Art. 4º** Uma vez comprovada a condição de desempregado, o trabalhador deverá cadastrar-se junto à Secretaria Municipal do Trabalho para a emissão e recebimento do Vale Transporte Social.*

***Art. 5º** O interessado deverá apresentar requerimento específico na Secretaria do Trabalho com os seguintes documentos:*

***I –** cópia das páginas da Carteira de Trabalho onde consta a fotografia, a identificação, o registro da última empresa e a página subsequente;*

***II –** cópia da rescisão do contrato de trabalho;*

***III –** cópia do recebimento da última parcela do seguro desemprego;*

***IV –** cópia dos últimos 4 (quatro) recibos de pagamento de salários;*

***V –** documento de identidade (RG);*

***VI –** Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);*

Acesso ao Sumário

***VII –** Título de Eleitor;*

***VIII –** comprovante de residência (luz, água, telefone fixo, contrato de locação, declaração do proprietário); e*

***IX –** declaração, sob as penas da lei, de que solicitará o cancelamento do benefício quando conseguir um novo emprego.*

***Parágrafo único.** A declaração do proprietário a que se refere o inciso VIII somente será admitida se acompanhada de qualquer um dos demais documentos de comprovação de residência, sujeitando-se tal aceitação à eventual verificação por parte da Secretaria do Trabalho.*

***Art. 6º** A recarga mensal será mediante a apresentação da carteira de trabalho.*

***Art. 7º** O benefício do Vale Transporte Social não poderá ser estendido e/ou concedido novamente no interstício de dois anos.*

***Art. 8º** Cessando a condição de desemprego no período de gozo ou ao término do benefício, o trabalhador deverá devolver o cartão do Vale Transporte Social, para que não perca definitivamente o direito a utilização do benefício.*

***Art. 9º** Fica especificado carga de 60 (sessenta) passagens mensais para o Vale Transporte Social, conforme valores praticados pela empresa de ônibus da linha informada no ato do cadastro.*

***Art. 10.** Cinco dias úteis após a entrega do requerimento com os documentos elencados no art. 5º, o interessado deverá comparecer na Secretaria do Trabalho para fazer o pré-cadastro, ocasião em que será fotografado e disponibilizará a sua digital para alimentação do banco de dados que imprimirá o Vale Transporte Social.*

***Art. 11.** Entre a entrega do requerimento e o pré-cadastro, será feita a constatação das informações constantes no requerimento, bem como a conferência dos documentos apresentados.*

§ 1º Caso seja constatada alguma irregularidade nas informações constantes nos documentos apresentados, o requerimento ficará pendente de decisão por parte do Setor de Benefícios da Secretaria do Trabalho, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 2º Caberá recurso do beneficiário à Secretaria do Trabalho da decisão do Setor de Benefícios no prazo de 2 (dois) dias úteis.

§ 3º A Secretaria do Trabalho deverá julgar o recurso em 5 (cinco) dias úteis, período em que o benefício ficará pendente de decisão.

***Art. 12.** No prazo de 5 (cinco) dias úteis após o pré-cadastro, o interessado receberá o BEM Social para Desempregado.*

***Art. 13.** O desempregado deverá identificar-se ao motorista ou ao cobrador do ônibus, apresentando o BEM Social para Desempregado, e, se necessário, um documento de identidade com fotografia.*

***Art. 14.** Fica a cargo do Executivo Municipal a regulamentação da presente Lei, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da sua publicação.*

Art. 15. *As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*

Art. 16. *Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

Câmara Municipal de Guarulhos, 09 de setembro de 2014.

EDUARDO SOLTUR

Presidente

Publicada na Secretaria da Câmara Municipal de Guarulhos e afixada em lugar público de costume aos nove dias do mês de setembro do ano de dois mil e catorze.

JOÃO PEDRO DEL BUSSO

Secretário de Assuntos Legislativos”.[1]

Não se pode deixar de reconhecer, da leitura do texto da lei, a inconstitucionalidade por evidente afronta aos artigos 5º e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, que disciplinam:

5º – *São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário...*

e

Artigo 144 – *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

Mais não fosse, a lei guerreada deu de ombros ao comando do artigo 47, II, XIV e XVIII da citada Carta Bandeirante, que disciplina a competência privativa do Governador – *o que, por força do artigo 144 da citada Carta e do princípio da simetria constitucional, se aplica aos Chefes do Executivo Municipal* – quanto ao exercício da direção superior da administração estadual (inciso II), à prática dos demais atos da administração, nos limites da competência do Executivo (inciso XIV) e a legislar sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos (inciso XVIII).

Tem-se, assim, que a lei objurgada, ao dispor sobre a criação do “Vale Transporte Social”, isentando do pagamento de preço pela prestação de serviço público, consistente no transporte urbano, invadiu a área de planejamento, organização e gestão, privativas do Executivo, deixando, ainda, de estabelecer as despesas que da sua execução serão carreadas ao erário, bem assim a respectiva fonte de custeio, de tal modo a infringir, igualmente o artigo 25 da Constituição Bandeirante, ***verbis***:

“***Artigo 25*** *– Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.*”

Acesso ao Sumário

1 **Fonte:** Pág. 84. Legal. Diário Oficial do Município de Guarulhos (DOM-GRU) de 12 de Setembro de 2014

Neste passo, no dizer de *HELY LOPES MEIRELLES*:

"*Lei de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal;* ***matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos****; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental.*"[2]

Evidente, pois, a afronta aos artigos 5º, 47, II, XIV e XVIII, e também ao artigo 25 da Constituição Bandeirante, aplicáveis ao Município por força do princípio da simetria constitucional consubstanciado no artigo 144 da mesma Carta, que enseja a procedência da ação, como já é do entendimento deste C. Órgão Especial, consoante se pode conferir nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2057497-50.2014.8.26.0000, j. em 30/07/2014, Rel. Des. Péricles Piza e 0199688-89.2013.8.26.0000, j. em 05 de fevereiro de 2014, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, entre outras, da qual se pode extrair, ***verbis***:

"*No caso vertente, o ato normativo impugnado, ao estabelecer a isenção tarifária aos portadores de deficiência física e seus respectivos acompanhantes, interfere claramente no regime jurídico de concessão do serviço público de transporte municipal de passageiros, matéria afeta privativamente ao Chefe do Poder Executivo, razão pela qual não poderia mesmo decorrer de iniciativa parlamentar, por implicar em violação ao princípio da separação dos Poderes. E o fato de o Prefeito do Município de São Manuel haver sancionado a Lei nº 914/2011 não tem o condão de suprir o vício identificado, haja vista que seria forma transversa de delegação de atribuição privativa, o que não se pode admitir.*

(...)

Ora, se, como visto, apenas ao Chefe do Poder Executivo cabe deflagrar o processo legislativo relativo à matéria objeto da legislação municipal examinada, fica claro que, tendo sido aprovada a partir de proposta da

2 "Direito Municipal Brasileiro". SP: Malheiros, 15ª ed., pg. 617

Casa Legislativa, padece de insanável vício de iniciativa.

Por outro lado, impende considerar, também, que a previsão legal contestada nos autos implica no aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante.

Com efeito, é evidente que a execução da lei em causa acarretará inafastáveis reflexos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de transporte público municipal, haja vista que os beneficiados pela previsão legal contestada poderão utilizar os serviços delegados, sem o respectivo pagamento da tarifa, em evidente ônus para a empresa contratada; e tal desequilíbrio contratual deverá ser objeto da necessária recomposição junto ao Município, que ficará obrigado a arcar com o incremento dos custos do sistema; no entanto, não se observou a exigência legal de apontar a existência de recursos orçamentários específicos para esse fim, na forma imposta no art. 25 da Constituição Paulista, evidenciando a presença de nova mácula no ato normativo questionado.

Aliás, nesse mesmo sentido, precedentes deste Colendo Órgão Especial realçam, na justa medida, que:

'Incidente de inconstitucionalidade. Emenda à Lei Orgânica Municipal que estende benefício de gratuidade no transporte público a maiores de sessenta anos. Vício de iniciativa. Arts. 5º e 47, XVIII, da Constituição Estadual. Iniciativa do Prefeito Municipal. Ausência de previsão dos recursos necessários a fazer frente à nova despesa. Violação aos arts. 25 e 176, I, da Constituição Bandeirante. Incidente procedente. Emenda declarada inconstitucional' (v. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0306806-95.2011.8.26.0000, relator Desembargador CAUDURO PADIN, j. 29/02/2012);

'Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 7.158/24.02.2010, do Município de Presidente Prudente, de iniciativa parlamentar e promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal após ser derrubado o veto do alcaide, que 'Acrescenta mais um inciso no artigo 1º e dá nova redação ao § 1º do mesmo artigo da Lei Municipal nº 6.213 que regulamenta o passe gratuito aos portadores de deficiência' – reserva-se exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo Municipal a iniciativa de leis que, como a ora impugnada, disponham sobre o serviço de transporte coletivo, porquanto é dele, e privativa, a atribuição de disciplinar os serviços públicos municipais – inconstitucionalidade que também brota do ato normativo vergastado por não prever a fonte dos recursos que pagarão o transporte gratuito aos passageiros de que trata – violação

Acesso ao Sumário

dos artigos 5º, 25, 37, 47, II, 144, 174, I, II e III e 176, I, da Constituição Estadual – ação procedente' (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0142417-30.2010.8.26.0000, relator Desembargador PALMA BISSON, j. 26/10/2011);

'Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal que estabeleceu gratuidade no transporte público para mulheres grávidas e idosos – Invasão pelo Legislativo de seara privativa do Poder Executivo Municipal, a quem cabe regulamentar o transporte público – Procedência da ação com declaração da Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1261/2004 e Lei Municipal nº 1267/2004, ambas do Município de Miracatu' (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9056495-33.2008.8.26.0000, relator Desembargador DAMIÃO COGAN, j. 06/05/2009)."

Por tais razões, a procedência da ação é de rigor.

Diante do exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.307, de 09 de setembro de 2014, do Município de Guarulhos.

Com vistas ao prequestionamento necessário à oferta de recurso especial e extraordinário, cabe acrescentar que a presente decisão abrangeu todas as normas constitucionais e infraconstitucionais trazidas com o tema. Consoante já decidiu a Corte Superior: "*Anote-se, por oportuno, que não se está a exigir a citação numérica das referidas normas legais, mas sim o efetivo debate das questões por elas tratadas, com a emissão de juízo de valor sobre tais matérias...* (AgRg no REsp 1352970/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, j. em 16/10/2014)".

Comuniquem-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2138399-87.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35659)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI

Acesso ao Sumário

REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 11 de março de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade de lei – Lei Municipal nº 7.283/2014, do Município de GUARULHOS – Vício de iniciativa – Inocorrência – Estipulação de regra geral voltada aos particulares – Ausência de expressa reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – Ação improcedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Sr. Prefeito do Município de Guarulhos, em face da Câmara Municipal, com pedido liminar, tendo em vista a edição da Lei nº 7.283, de 17 de junho de 2014, que dispõe sobre a "*acessibilidade nas academias para pessoas com nanismo*" no referido Município.

Afirma, em síntese, que a norma acima mencionada padece tanto de inconstitucionalidade formal, ante a existência de vício de iniciativa, por aumentar as despesas do erário referentes à fiscalização de seu cumprimento e implantação, como também de inconstitucionalidade material, por suposta violação aos princípios da separação de poderes, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, requereu, liminarmente, a suspensão da eficácia da Lei impugnada e, ao final, a procedência da ação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da aludida norma.

A liminar foi indeferida às fls. 48/49, sendo negado provimento a recurso regimental interposto de referida decisão às fls. 97/01 (sic).

A Câmara Municipal apresentou informações às fls. 55/65.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência do pedido (fls. 107/117), por entender ter não ocorrida apontada mácula à Carta Bandeirante.

O Procurador Geral do Estado, citado nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição Estadual, deixou de se manifestar por entender ausente interesse (fls. 126/128).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O Projeto de Lei ora impugnado foi proposto pelo Poder Legislativo. Após regular aprovação do texto, embora vetado em sua integralidade pelo Sr. Prefeito, o diploma restou promulgado pela Câmara Municipal com a seguinte redação:

"(...)

Art. 1º – As academias do Município de Guarulhos deverão disponibilizar no mínimo 1 (um) aparelho acessível para pessoas com nanismo.

Art. 2º – As academias deverão oferecer acessibilidade para que as pessoas com nanismo possam exercitar os principais grupos musculares.

Art. 3º – Os equipamentos deverão atender a todos que tenham nanismo, ajustados às condições de deficiência de cada indivíduo.

Art. 4º – As academias poderão solicitar, através de requerimentos, prazo para se adequarem a esta Lei, nunca superior a 30 (trinta) dias, podendo este ser prorrogado por igual período.

Parágrafo único – As academias que se adequarem no prazo estabelecido deverão conter informativo aos usuários acerca de sua acessibilidade.

Art. 5º – O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação.

Art. 6º – As despesas decorrentes da implantação desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias.

Art. 7º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

(...)"

Não está configurada invasão da competência do Poder Executivo, porque a lei em comento não versa sobre matéria sujeita à iniciativa reservada sua, criando obrigações tão somente aos particulares, quando, então, prevalece a competência concorrente para se legislar sobre o assunto (art. 24, da Constituição Estadual, tal como o art. 61, da CF).

Com efeito, segundo lição do Professor Hely Lopes Meirelles: "Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais." (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 732/733)

Trata-se, no caso, de exercício do Poder de Polícia da Administração Pública, cujo alvo é matéria não inserida dentre aquelas cuja iniciativa legislativa seja reservada ao Chefe do Executivo, ou mesmo privativa da Administração.

Acesso ao Sumário

A proposta legislativa em nenhum momento teve por objetivo gerir as atividades municipais ou intervir na forma de gerenciamento dos serviços.

Saliente-se também que, na estipulação de regras gerais, dentre elas inserida a que ora se debate, a competência se apresenta na modalidade concorrente, pois certamente não incluída dentre os temas reservados à iniciativa privativa da União.

Assim, observada a distribuição de competências relativas a cada ente federado e a cada Poder, bem como a matéria constitucional referente ao tema, a ação, no ponto, é mesmo de ser julgada improcedente.

Saliente-se que a Lei Municipal em comento tem por objetivo tutelar direitos de portadores de deficiências, de acordo com o que dispõe o art. 23, II da Constituição Federal. E a questão assemelha-se às imposições por leis municipais a supermercados e shopping centers, que devem reservar número de vagas em estacionamento para deficientes, idosos e gestantes, para melhor atendimento de seus usuários.

Por fim, registre-se que são os estabelecimentos privados, e não o Poder Público, que terão despesas com o cumprimento de tal providência imposta pela lei.

E a fiscalização do cumprimento da lei impugnada decorre do próprio poder de polícia municipal, não acarretando despesas extras ao erário local.

Nesse sentido, já se manifestou este Colendo Órgão Especial, em voto da lavra do Nobre Des. Guerrieri Rezende: “Ação direta objetivando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Municipal nº 4.471/2011. O ato normativo dispõe sobre a execução dos serviços de limpeza exterior nas fachadas e vidraças de edifícios no Município de Suzano. O dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas aos particulares, exclusivamente. A lei não fere o princípio constitucional da separação de poderes porque é de iniciativa comum ou concorrente. Ação improcedente, cassada a liminar.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, J. 22.08.2012).

Diante do exposto, julga-se improcedente a presente ação.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2002664-48.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PROTESTE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR, são agravados ESTADO DE SÃO PAULO, AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SAO PAULO – ARSESP e COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOÃO NEGRINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.599)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida em cautelar inominada, pela qual foi determinado a suspensão da tarifa de contingência determinada pela deliberação ARSESP 545 – Observância do disposto no artigo 46 da Lei Federal 11.445/2007 – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão que suspendeu a liminar concedida nos autos da

ação cautelar preparatória à ação civil pública n. 1000295-36.2015.8.26.0053, a PROTESTE – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor interpôs agravo regimental sob a alegação de contrariedade às Leis Federais n. 8.078 e n. 11.445/2007, na qual se fundamentou a Deliberação ARSESP n. 545/2015, em seu art. 8º.

É uma síntese do necessário.

O recurso não comporta provimento, pois, ao reverso do afirmado, se achavam presentes os requisitos necessários à suspensão dos efeitos da liminar.

Conforme consignado na decisão recorrida, inibir a implantação da tarifa de contingência pode causar gravíssimo prejuízo à saúde pública. Nenhum governo adotaria tal providência, não fora séria e grave a crise hídrica a acometer não apenas SÃO PAULO, mas vários outros Estados da Federação e partes consideráveis do globo. Consequência evidente do maltrato à natureza, que nem os mais céticos hoje conseguem negar.

Ninguém sobrevive sem água. A tarifa de contingência obteria economia aproximada a 2.500 litros por segundo, volume capaz de abastecer mais de 2 milhões de consumidores.

Pondere-se que antes da adoção da medida drástica, a penalizar o bolso do contribuinte, o Governo já optara por estratégia mais sedutora, de conceder bônus para quem reduzisse 20% do consumo de água e esgoto.

Todos os paulistas receberam as mensagens institucionais com advertência sobre a situação hídrica, uma delas titularizada pelo respeitado Juca de Oliveira. Só que nem todos se sensibilizaram com o apelo.

O Mecanismo Tarifário de Contingência constitui estado de necessidade que a Administração Pública enfrenta diante das nefastas consequências de um consumo que desconsidere a catástrofe que adviria da falta de limites ao consumo.

Sem que se adentrasse ao mérito do tema, cuja emergência sensibiliza a todos, verificou-se que a liminar molesta a saúde pública, a ordem administrativa de acordo com a hermenêutica mais racional, além de desconsiderar o preceituado no § 3º do artigo 1º da Lei Federal 8.437/92, a vedar concessão que esgote no todo ou em parte o objeto da ação.

Acesso ao Sumário

A autorização da implantação da tarifa de contingência observou o disposto no artigo 46 da Lei Federal 11.445/2007, que autoriza o ente regulador de adoção de mecanismos tarifários de contingência, com o objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes de situação crítica de escassez de recursos hídricos.

Em momento algum a lei condiciona essa adoção a uma formal e prévia decretação de racionamento. Está presente e perdura há meses a situação muito além de crítica na escassez dos recursos hídricos. Diante do quadro, a alternativa de fazer com que o consumidor que prossegue a despender água como se ela

continuasse abundante se responsabilize por um *plus* na sua conta é paliativo diante de providências mais drásticas. Além do que, preserva o princípio da isonomia, pois os que economizam serão beneficiados com o bônus já instituído.

Por todos os motivos, o caso era mesmo de deferimento do pedido de suspensão de liminar.

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2000040-26.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante CÂMARA MUNICIPAL DE TAUBATÉ, é agravado JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.607)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Indeferimento do pedido de suspensão da decisão que condenou a Câmara Municipal de Taubaté a reduzir sua frota de veículos, bem como a não contratar novos motoristas na medida em que os atuais cargos fiquem vagos, tendo por paradigma o número de vereadores – Não evidenciado o risco de lesão grave e de difícil reparação à ordem pública – Preservada a destinação

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

de um veículo a cada agente político e mais dois outros de reserva à Casa legislativa – Pretensão da ação coletiva que atende aos critérios de razoabilidade – Decisão recorrida que decorre de convicção firmada em primeiro grau após o cumprimento do devido processo legal, o que reforça a legitimidade da ordem judicial – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 0018922-14.2010.8.26.0625, a Câmara Municipal de Taubaté interpôs agravo regimental sob a alegação de perigo de lesão à ordem pública e ao interesse da coletividade.

É uma síntese do necessário.

O recurso não comporta provimento, pois, ao reverso do afirmado, não se achavam presentes os requisitos necessários à suspensão dos efeitos da sentença.

Conforme consignado na decisão recorrida, a suspensão dos efeitos da sentença pelo presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público, nunca consistindo em sucedâneo do recurso de apelação.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos bens de interesse públicos tutelados.

Nesse sentido, já se decidiu que o pedido de suspensão não se presta à "modificação de decisão desfavorável ao ente público" (AgRg na SL 39/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL), pois "na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas" (SS 2385 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie).

No caso em exame, a decisão recorrida condenou a Câmara Municipal a reduzir a frota de veículos ao número de seus vereadores com mais dois outros automóveis à disposição da Casa para as demais funções administrativas, bem como na obrigação de não proceder à investidura ou à contratação de novos motoristas na medida em que os atuais cargos fiquem vagos até que se alcance o mesmo número de vereadores, somado a mais dois, para os veículos oficiais.

A pretensão da ação coletiva, constatou-se, era mesmo razoável. Não se privou nenhum vereador de ter à disposição de suas atividades políticas um

Acesso ao Sumário

veículo oficial. Ainda se garantiu – ao se considerar o número de vereadores – mais dois outros automóveis para que possam servir às eventuais necessidades administrativas, ou mesmo a algum vereador na possibilidade – casuística – de seu veículo encontrar-se na revisão ou em conserto.

Em busca da *boa administração* as medidas de contenção de gastos devem ser consideradas. O que se pretendeu com a ação coletiva ao se exigir a concretização deste direito fundamental – à boa administração – foi equacionar, de modo prudente, o empenho dos recursos públicos. Ter à disposição da Câmara 34 carros quando eram apenas 14 os vereadores, ou então, ao se considerarem os números atuais, 30 veículos para os 19 vereadores, revelou uma desproporção e a necessidade de revisão dos critérios de gestão de modo a otimizar o uso da frota.

Ademais, a convicção firmada em primeiro grau decorreu de sentença, e não de decisão interlocutória, o que não pode ser desconsiderado na medida em que se deve pressupor uma cognição exauriente sobre o tema após o cumprimento de todas as fases possíveis que compõem o devido processo legal.

Por todos os motivos, o caso era mesmo de deferimento do pedido de suspensão de liminar.

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2022229-95.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Várzea Paulista, em que é agravante MUNICÍPIO DE VÁRZEA PAULISTA, é agravado JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DE VÁRZEA PAULISTA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.610)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ,

Acesso ao Sumário

JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 11 de março de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Decisão que indeferiu pedido de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela concedida nos autos da ação ordinária, pela qual foi determinado o fornecimento, à autora, de medicamentos de alto custo, uma vez que é portadora de doença grave – Competência material comum do Município em cuidar da saúde e assistência pública (art. 196, da Constituição Federal) – Inexistência dos requisitos necessários para a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão que rejeitou o pedido de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela concedida nos autos da ação ordinária nº 0000002-23.2015.8.26.0655, a Municipalidade de Várzea Paulista interpôs agravo regimental sob a alegação de risco de grave lesão à economia pública.

É uma síntese do necessário.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação do ilustre subscritor, o recurso descomporta provimento.

Em que pese o alegado pela agravante, mantenho a decisão, pois inexistentes os requisitos necessários para a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela concedida na ação de procedimento ordinário.

O art. 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública.

O Município é legitimado à prestação de assistência na área social e ao fornecimento de medicamentos, não excluindo sua obrigação a concorrência das demais entidades federativas ou a ausência de previsão orçamentária.

A suspensão dos efeitos da antecipação de tutela pelo presidente do tribunal competente, para conhecer do recurso, constitui medida anormal e urgente, de forma a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público ou em caso de flagrante ilegitimidade, não consistindo a presente providência em sucedâneo do recurso de apelação.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

No caso não se demonstrou a urgência e o perigo à economia pública de forma a autorizar a providência reclamada, uma vez que se trata de uma única pessoa a ser amparada pelo Estado, e nem o *fumus boni iuris*, uma vez que o Supremo Tribunal Federal vêm reiteradamente reconhecendo o dever do Estado em fornecer medicamentos a pacientes carentes (AI 553712 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-09 PP-01777 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 164-167).

Como salienta a Excelsa Corte: "O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional" (RE 271286 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409).

Não se pode ter a proteção à saúde prevista no art. 196 da Constituição Federal como norma meramente programática, por ser tratar de direito social e fundamental a ensejar plena aplicação.

Na precisa dicção do Ministro CELSO DE MELLO: "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RE 393175 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524).

Não é oponível à necessitada qualquer disposição infraconstitucional que exclua a responsabilidade da agravante quanto ao fornecimento da medicação.

É injustificada a resistência oferecida, demonstrando a presente medida, o interesse de agir, diante da necessidade de valer-se a requerente da via judicial para a obtenção do medicamento, e ainda que eventualmente não tenha a doente procurado a Secretaria de Saúde do Município, se o fizesse, certamente não o conseguiria.

Não se faziam, dessarte, presentes os requisitos condutores à almejada suspensão de medida liminar, donde o adequado indeferimento da postulação.

Acesso ao Sumário

Por estes fundamentos, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0086621-15.2014.8.26.0000, da Comarca de Araras, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.650)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "I – Arguição de inconstitucionalidade. Art. 129, § 1º da Lei nº 3.748/04, do Município de Araras estabelece licença remunerada à adotante por 90 dias, quando o adotando conte mais de 1 ano de idade. Pretensão de equiparação com a licença-maternidade concedida à gestante pelo prazo de 180 dias.

II – Ofensa ao princípio da igualdade. Inocorrência. Os prazos diferenciados de licença, estabelecidos em razão da idade da criança, não ofendem o princípio da igualdade. A lei local estabelece períodos de licença igual para as mães, biológica e adotante, que se

encontram em situação similar, ou seja, 180 dias de licença para mães com criança até 1 ano de idade e 90 dias quando a criança tem mais de 1 ano de idade. Precedentes do STJ e STF.

III – Inconstitucionalidade não configurada. Incidente de inconstitucionalidade improcedente."

VOTO

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do art. 129, § 1º da Lei Municipal de Araras suscitado pela Colenda 9ª Câmara de Direito Público, na ocasião do julgamento da apelação nº 4002147-60.2013.8.26.0038 (fls. 229/233). O ponto fulcral em análise é saber se a lei que concede licença remunerada ao adotante, pelo prazo de 90 dias, é inconstitucional por ofensa ao direito de igualdade (art. 5º, "caput") e à proibição constitucional de tratamento desigual aos filhos (art. 227, § 6º) da Carta Magna. Regularmente processados, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não acolhimento do incidente. Após, vieram os autos para os devidos fins.

2. Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado por Magda Luiza Francatto Belon contra ato de Nelson Dimas Branbilla, Prefeito do Município de Araras, que concedeu à impetrante licença remunerada de 90 dias pela adoção de Vitor Gabriel Sotero, menor de mais um ano de idade (fls. 10). Pleiteia à mãe adotiva os mesmos direitos e garantias conferidos à mãe biológica, ou seja, a equiparação com a licença-maternidade de 180 dias.

Em grau de recurso, a C. 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos da súmula vinculante n. 10 e dos artigos 480 e 481, ambos do Diploma Processual, em acórdão com a seguinte ementa:

"*APELAÇÃO. PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. LICENÇA MATERNIDADE. GESTANTE E ADOTANTE. DESEQUIPARAÇÃO LEGAL.*

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Mandado de Segurança que objetiva assegurar o direito de fruir licença adotante pelo mesmo período de fruição assegurado à gestante. Lei municipal de Araras nº 3.748/04 estabelece licença de 90 dias à adotante, nos casos em que o adotando conte mais de 1 ano de idade. Ofensa ao direito à igualdade (art. 5º, caput) e à proibição constitucional de tratamento desigual aos filhos (art. 227, § 6º). Obrigatoriedade de atendimento da cláusula de reserva de plenário. Artigo 97 da CF/88 e Súmula Vinculante n. 10 do STF.

REMESSA DOS AUTOS PARA O ÓRGÃO ESPECIAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO."

Distribuídos os autos a este Relator, foram eles remetidos à d. Procuradoria

Acesso ao Sumário

Geral de Justiça, que, em seu parecer, opinou pelo não acolhimento do incidente:

"*(...) 2) Arguição de inconstitucionalidade por suposta ofensa do ato vergastado ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF), aplicável aos Municípios por força dos arts. 18 e 29 da Constituição Federal. 3) Parecer pelo conhecimento e não acolhimento da arguição*".

3. A redação do artigo impugnado da Lei Municipal nº 3.748, de 28/12/2004 concedeu ao adotante licença remunerada nos seguintes termos:

"*Art. 129 – À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1(um) ano de idade serão concedidos 180 (cento e oitenta) dias de licença remunerada.*

§ 1º – No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo que trata este artigo será de 90 (noventa) dias."

A jurisprudência da Corte Suprema direciona-se no sentido de se estender o direito à licença-maternidade ao adotante, com base no princípio da isonomia, considerando que a licença-maternidade busca assegurar a saúde e recuperação da mãe e os direitos da criança, desde que haja lei específica tratando da matéria. Neste sentido, a decisão monocrática proferida no RE 259253/RS, da relatoria da Min. Cármen Lúcia, j. 15/10/2009.

No caso em apreço, os prazos diferenciados de licença estabelecidos em razão da idade da criança não maculam o princípio da igualdade. Ao contrário, a norma impugnada estabelece períodos iguais de licença às mães (biológica ou adotante) em condições similares. A lei local está em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 259253/RS, segundo o qual o benefício é extensível à adotante nos limites definidos pela lei municipal.

Como bem mencionou a Douta Procuradoria Geral de Justiça: "*Não há no caso qualquer indício de irrazoabilidade nos prazos diferenciados de licença, não podendo o Judiciário, portanto, 'corrigir' a* ratio legis *plasmada no ato normativo objurgado que fora editado por órgão constitucionalmente competente para tal atribuição, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 5º, caput, da Carta Bandeirante*".

Acesso ao Sumário

Na mesma linha de raciocínio o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no RMS 33.523-PE, da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima: "*CONSTITUCIONAL. LICENÇA MATERNIDADE PELO PERÍODO DE 120 DIAS. MÃE ADOTANTE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 227, § 6º E 201, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ALÉM DE DISPOSITIVOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OMISSÃO DA LOMAN. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 16/96, PELA AUTORIDADE IMPETRADA, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. A DESEQUIPARAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE DA CRIANÇA ADOTADA NÃO REPRESENTA MÁCULA À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA MATERNIDADE. TRATA-SE DE CONFERIR PERÍODOS IGUAIS DE LICENÇA ÀS MÃES QUE*

SE ENCONTRAM EM SITUAÇÕES SIMILARES. PRECEDENTES DO TRF 1ª REGIÃO E DO STJ. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. DECISÃO UNÂNIME. – Embora tenha a Constituição Federal cuidado de proteger a maternidade, conferindo à mãe o direito à licença maternidade, detalhou apenas o período do gozo da licença que a mãe biológica deve usufruir (art. 7º, XVIII), deixando para o legislador infraconstitucional o dever de regulamentar o período da licença maternidade para a mãe adotante. II – A LOMAN (Lei Complementar nº 35/79) disciplina, no art. 69, a concessão de licença para magistrados nas hipóteses de tratamento de saúde, por motivo de doença em pessoa da família e para o repouso da gestante, sendo, porém, omissa em relação à licença maternidade para a mãe adotante. Ante a existência de tal lacuna, não há ofensa a direito líquido e certo em decorrência da aplicação, por analogia, da Lei Complementar Estadual nº 16/96, que garante à servidora pública estadual licença-maternidade, pelo prazo de 60 dias (art. 1º, inciso XI), quando adotar criança de até 2 anos de idade. Esse período, inclusive, é igual ao previsto pela legislação trabalhista (§ 2º do art. 392-A da CLT). III – Não prospera a alegação de que a Impetrante encontra-se na mesma situação de outra magistrada a quem fora concedido o benefício pelo período de 120 dias, não havendo, portanto, que se falar em ofensa ao princípio da isonomia. É que a Impetrante adotou uma criança que contava com 1 ano e 6 meses de idade, enquanto no caso da outra magistrada o bebê possuía menos de 1 ano de vida quando da adoção. A questão, inclusive, foi objeto de discussão e debate pela Corte Especial deste Sodalício por ocasião do julgamento do Agravo Regimental interposto contra a decisão que, neste writ, denegou o pedido urgencial. IV – Denegação da segurança. Decisão unânime” (grifos nossos).

4. Diante desse quadro, **julga-se improcedente o presente incidente de inconstitucionalidade do art. 129, § 1º da Lei nº 3.748/04 do Município de Araras.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005254-66.2014.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM PROCEDENTE A ARGUIÇÃO, COM EFEITO ‘EX TUNC’. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25388)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI

Acesso ao Sumário

REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL. DIREITO URBANÍSTICO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.570, DE 09 DE SETEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE ASSIS. PROCESSO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE NÃO ASSEGURA A PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA EM SEU PROCESSO LEGISLATIVO, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 180, INCISO II, E 191, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de Incidente de Inconstitucionalidade suscitado pela 2ª Câmara de Direito Público, originária da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra o Município de Assis e a Câmara Municipal dos Vereadores de Assis, tendo por objeto a Lei do Município de Assis nº 5.570, de 2011, que estabelece:

"*Art. 1º. Ficam autorizados, aos proprietários de lotes urbanos, com área igual ou inferior a 150,00 m² (cento e cinquenta metros quadrados) e testada mínima de 1,00 (um) metro, para o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação desta Lei, procederem ao desmembramento de seus imóveis e respectiva e definitiva regularização, junto ao Departamento de Cadastro Imobiliário da Prefeitura Municipal de Assis*".

A ação promovida pelo Ministério Público levou em consideração os termos contidos no Ofício nº 43/2011 do Presidente da Mesa Diretora do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano de Assis – COMDURB, assim descritos (fls. 13):

"*Senhor Promotor:*

Acesso ao Sumário

Vimos por meio desta informar V. Excelência que o PL 85/2011, que trata da regularização de lotes urbanos menores que 150 m², aprovado pela Câmara em 5/09/2011, não foi submetido ao parecer deste Conselho.

Deste modo, consultamos essa Promotoria de Justiça de como proceder, frente à questão, pois, trata-se de assunto de interesse da política urbana, desrespeitando a Lei Complementar nº 10/2006, em seu inciso ‘*III*’ *do artigo 127, reforçada pela Lei Complementar nº 4.995/2007, no inciso* ‘*III*’ *do artigo 4º, os quais versam que é competência do COMDURB-Assis* ‘*deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Legislativa*’.”

Em recursos de apelação interpostos pela Câmara Municipal de Assis e pela Prefeitura Municipal de Assis contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública, condenando o Município ao cumprimento de obrigação de não fazer (fls. 147/148), a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do recurso da Câmara Municipal de Assis e determinou a remessa dos autos ao C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, destacando-se do v. Acórdão (fls. 153/161):

“*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Pretensão de condenar o Município de Assis ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente em se abster de autorizar e aceitar desmembramento dos imóveis com base na Lei Municipal nº 5.570/2011. Reconhecimento de inconstitucionalidade incidental de lei. Incompetência desta Colenda Câmara para apreciar a constitucionalidade da mencionada lei, sob pena de violação do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. Remessa dos autos ao Órgão Especial deste Eg. Tribunal para apreciação da questão prejudicial da inconstitucionalidade da lei municipal.*”

A douta Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pela inconstitucionalidade da lei nos seguintes termos (fls. 169/177):

“CONSTITUCIONAL. Urbanístico. Incidente de inconstitucionalidade. LEI N. 5.570, DE 09 DE SETEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE ASSIS. PROCESSO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O incidente de inconstitucionalidade não se consubstancia em consulta do órgão julgador fracionário ao tribunal pleno nem tem outra finalidade senão a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, competindo ao órgão fracionário, em qualquer hipótese, se pronunciar sobre a inconstitucionalidade suscitada, fundamentando seu acolhimento ou sua rejeição. 2. Não conhecimento de incidente de inconstitucionalidade de lei se a turma julgadora simplesmente determina sua instauração sem pronunciamento positivo ou negativo da inconstitucionalidade. 3. Inconstitucionalidade de lei municipal que não assegura a participação comunitária em seu processo legislativo (arts. 180, II, e 191, da CE/89).

Acesso ao Sumário

4. Inconstitucionalidade."

Distribuídos os autos, o E. Órgão Especial não conheceu da arguição, de conformidade do voto do Relator, assim descrita (fls. 184/188):

"Arguição de inconstitucionalidade – Lei nº 5.570/2011, do Município de Assis – Incidente suscitado pela 2ª Câmara de Direito Público – Órgão fracionário que não enfrentou a constitucionalidade – Necessidade de observar o rito previsto no art. 481, *caput*, do CPC – Incidente não conhecido, devendo os autos retornar à C. Câmara para enfrentamento do tema."

Retornaram os autos a 2ª Câmara de Direito Público, esta proferiu decisão no sentido de determinar a remessa dos autos ao Órgão Especial, de conformidade com o voto do Relator, que supriu a fundamentação, encerrando-o nestes termos (fls. 198/205):

"Ante o exposto, determina-se a remessa dos autos ao C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, a fim de que a questão a respeito da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5570/2011 seja apreciada, com proposta de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei municipal, por violação dos arts. 180, II e 191 da Constituição Estadual, para posterior prosseguimento do julgamento deste recurso."

É o relatório.

A ação merece prosperar.

Com efeito, estabelece a Lei Municipal de Assis nº 4.995, de 29 de maio de 2007:

"*Art. 1º. Fica pela presente lei, regulamentado o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano de Assis – COMDURB, conforme o disposto no Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e no Plano Diretor do Município de Assis – Lei Complementar nº 10, de 10 de outubro de 2006, art. 126.*

Art. 4º. Compete ao COMDURB:

III – deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Municipal."

Consoante assinalado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em sua petição inicial, em 2011 a Câmara Municipal aprovou e o Poder Executivo sancionou projeto de lei que resultou na Lei Municipal nº 5.570/11, e que argumentando que "não houve parecer do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano – COMDURB, o que constitui vício no processo legislativo e impede a Prefeitura de praticar validamente os atos mencionados na Lei Municipal".

Acesso ao Sumário

Destarte, restaram contrariados os artigos 180, inciso II e o artigo 191, da Constituição Estadual:

"*Art. 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao*

desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;"

"*Art. 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.*"

Tais disposições estão em conformidade com o art. 182 da Constituição Federal, que estabelece:

"*Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*"

Acerca da participação popular no planejamento municipal, o Professor Adilson de Abreu Dallari, em seu artigo "Planejamento Municipal", in "Tratado de Direito Municipal", volume II, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 789/790, destaca que:

"*A participação popular nos assuntos da Administração Pública não é uma benesse ou uma gentileza de determinadas autoridades, mas, sim, tem fortes raízes constitucionais, a partir de seu primeiro artigo, o qual afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce através de representantes ou diretamente.*

Em compensação, a participação popular no planejamento urbano está definitivamente consolidada. A Constituição Federal, art. 29, inciso XII, tornou obrigatória a cooperação das associações representativas de segmentos da comunidade local no planejamento municipal. Essa obrigatoriedade foi reforçada pelo Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10.07.2001) e, atualmente, já é condição de validade dos Planos Diretores, havendo já decisões do Poder Judiciário anulando planos elaborados sem participação popular.

O fato é que as consultas públicas foram, paulatinamente, ganhando vigor e espaço, abrangendo não só o planejamento físico, mas também decisões em questões de seguridade social, saúde, educação, etc., em todas as esferas de governo, podendo-se falar, portanto, em um princípio da participação popular na Administração Pública.

"*Entendemos, pois, tratar-se a participação administrativa de princípio implícito no ordenamento constitucional brasileiro, conectado ao princípio democrático, ao princípio do Estado de Direito e ao princípio da eficiência administrativa. Poderíamos, admitida a classificação, configurá-la como subprincípio, ou seja, princípio derivado dos princípios*

Acesso ao Sumário

democráticos, do Estado de Direito e da eficiência administrativa em sua acepção organizacional; melhor dizendo, na justa medida em que tanto democracia quanto Estado de Direito e eficiência administrativa imponham a adoção de uma forma de organização da função administrativa do Estado que compreenda a adoção de institutos de participação popular na Administração Pública" (Perez, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 83).

Pode-se inferir, portanto, que o planejamento já estava afirmado no texto original da Constituição Federal de 1988, e que esse planejamento passou a ser necessariamente participativo, por força da nova fisionomia dada à Administração Pública pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Esse é um caminho sem volta.

"*Não se admite mais nem o empirismo, nem a improvisação, nem muito menos, o descontrole e a irresponsabilidade. O planejamento, estabelecido de maneira democrática, inclusive com a necessária participação popular, foi definitivamente entronizado na Administração Pública. A tecnocracia está morta e enterrada. Da mesma forma, não se pode admitir mais o autoritarismo burocrático baseado no dogma da infalibilidade do Estado.*

Os novos tempos são marcados pela administração participativa, pelas decisões negociadas, pela conciliação de interesses, pelo respeito às peculiaridades de cada caso e pela razoabilidade na aplicação da lei."

(Dallari, Adilson Abreu. "Privatização, eficiência e responsabilidade", In: Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Uma avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220).

Acrescente-se que a Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que "*Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*", prevê a participação da comunidade, como se pode ver, exemplificativamente, das seguintes disposições:

"*Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.*

*Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada **Estatuto da Cidade**, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.*"

"*Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:*

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e

Acesso ao Sumário

projetos de desenvolvimento urbano;"

"*Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:*

I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;"

"Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;"

A doutrina explica a relevante importância do Estatuto da Cidade, lei nacional, que estabelece normas gerais de observância obrigatória pelos Municípios:

"*A promulgação da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada oficialmente como Estatuto da Cidade, é um marco extremamente relevante para o desenvolvimento do direito urbanístico, da atividade urbanística e, muito especialmente* ***do planejamento na gestão pública municipal****.*

O Estatuto da Cidade foi editado pela União na competência que lhe dá o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, para editar normas gerais de Direito Urbanístico. A inferência imediata que se deve retirar disso é que o Estatuto da Cidade não é uma simples Lei Federal, no sentido de ser uma lei aplicável apenas ao aparelho administrativo da União: o Estatuto da Cidade é uma lei nacional, que ***estabelece normas gerais de observância obrigatória*** *por todos os jurisdicionados do Estado brasileiro, inclusive, e muito especialmente, os Municípios.*

O Estatuto da Cidade enumera um extenso rol de instrumentos de atuação urbanística, ou seja, de meios pelos quais o Poder Público municipal ***pode e deve*** *atuar no sentido de promover o bem-estar e a qualidade de vida nas cidades.*" *(Adilson Abreu Dallari, Planejamento Municipal, in Tratado de Direito Municipal, volume 2, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 787)*

Destarte, verifica-se que o artigo 182 da Constituição Federal contém os fundamentos da política de desenvolvimento urbano, e foi regulamentado pela Lei Federal nº 10.257/2001, a qual, para garantir a gestão democrática da cidade, dispõe que devem ser utilizados órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal, e programas e projetos de desenvolvimento urbano, com gestão democrática por meio da participação da população e de entidades comunitárias.

A Constituição Estadual, em seus artigos 180, II e 191, seguindo os mandamentos constitucionais, prevê a participação de entidades comunitárias na política de desenvolvimento urbano.

Seguindo esta linha, a Lei nº 4.995/2007, do Município de Assis, que criou

Acesso ao Sumário

o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano, estabeleceu a competência do COMDURB, dentre outras, de deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Municipal (artigo 4º, inciso III).

"*Art. 1º. Fica pela presente lei, regulamentado o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano de Assis – COMDURB, conforme o disposto no Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e no Plano Diretor do Município de Assis – Lei Complementar nº 10, de 10 de outubro de 2006, art. 126.*

Art. 2º. O COMDURB é um órgão de caráter consultivo, deliberativo e de acompanhamento, integrante do Sistema de Gestão e Planejamento do Desenvolvimento Urbano no Município de Assis, vinculado à Secretaria de Planejamento, Obras e Serviços.

Art. 3º. O COMDURB rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

I. Assegurar a participação da comunidade na elaboração e implementação de políticas públicas, voltadas para o ordenamento físico e territorial do Município, em especial no âmbito da habitação, do parcelamento, do uso e ocupação do solo, do saneamento ambiental, dos transportes urbanos e da infraestrutura;

Art. 4º. Compete ao COMDURB:

I – acompanhar a implementação do Plano Diretor de Assis;

II – deliberar e emitir pareceres sobre proposta de alteração da Lei do Plano Diretor Participativo de Assis;

III – deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Municipal;

IV – acompanhar a elaboração e regulamentação da legislação urbana e analisar, quando necessário, casos específicos;

V – acompanhar, apreciar e emitir parecer sobre a movimentação de recursos financeiros e a prestação de contas do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano;"

A Lei impugnada, nº 5.570, de 09 de setembro de 2011, do Município de Assis, que tratou da regularização de lotes urbanos menores que 150m², foi elaborada sem que, durante a fase de projeto, tivesse sido consultado o COMDURB, configurando vício no processo legislativo, em seu aspecto formal.

Com efeito, leciona Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra "Curso de Direito Constitucional", 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1061:

"***3.3.2.1. Inconstitucionalidade formal***

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerados, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela

Acesso ao Sumário

violação de regra de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.”

Este C. Órgão Especial já se manifestou no mesmo sentido em algumas oportunidades:

“*Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra a Lei Municipal n. 6.427, de 13 de julho de 2010, do Município de Mogi das Cruzes. Norma relativa ao desenvolvimento urbano. Lei de ordenamento do uso e ocupação do solo. Ausência de estudos e de planejamentos técnicos e de participação comunitária. Imprescindibilidade. Incompatibilidade vertical da norma mogicruzense com a Constituição Paulista. Ocorrência. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Ofensa ao artigo 180, II e 191 da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente.*

O demandante alega inconstitucionalidade da norma, uma vez que a aprovação do projeto que lhe deu origem ocorreu sem planejamento prévio consistente em estudos técnicos obrigatórios e oitiva da comunidade, padecendo, em consequência, de incompatibilidade vertical com a Constituição do Estado de São Paulo.

Por sua vez, esses preceptivos têm fundamento de validade nos artigos 29, inciso XII, 30, inciso VIII e 182 da Constituição Republicana:

“*Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal.*

“*Art. 30. Compete aos Municípios: VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;*”

Dessa forma, para o estabelecimento das diretrizes e normas de desenvolvimento urbano são imprescindíveis o prévio estudo técnico e a participação da comunidade nos projetos de leis urbanísticas, como as que envolvem a de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano.

Compulsando os autos, verifica-se que o Conselho Municipal da Cidade de Mogi das Cruzes – CONCIDADE, órgão vinculado ao Poder Executivo composto por representantes de diversas secretarias municipais, autarquia, fundações, sindicatos, associações civis participou de debate prévio à aprovação da lei, concordando com oito dos dez artigos do projeto originário, suprindo a exigência de participação comunitária exigido pela Constituição Paulista, pois além de inexistir forma específica na Constituição de como essa participação deve se dar, o CONCIDADE possui composição heterogênea, de pessoas dos vários segmentos da

Acesso ao Sumário

comunidade.

Contudo, a apresentação de duas emendas aditivas após a oitiva do CONCIDADE, sem oportunizar novo debate popular acerca das novas proposições, burlou o comando constitucional, tornando a lei, se não integralmente, ao menos parcialmente inconstitucional.

Por outro lado, se a ausência de participação popular não eivou todo o comando normativo da Lei n. 6.427/10 de inconstitucionalidade, a falta de estudos e planejamentos prévios acarretou sua incompatibilidade vertical com a Constituição Paulista. O controle do uso do solo urbano apresenta-se como das mais prementes necessidades em nossos dias, em que o fenômeno da urbanização dominou todos os povos e degradou as cidades mais humanas, dificultando a vida de seus moradores pela redução dos espaços habitáveis, pela deficiência de transportes coletivos, pela insuficiência dos equipamentos comunitários, pela promiscuidade do comércio e da indústria com as áreas de residência e lazer. (Hely Lopes Meirelles, "Direito Municipal Brasileiro", p. 563, 16ª ed., atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, 2006, Malheiros).

As leis urbanísticas, como as de uso e ocupação do solo, têm por fim harmonizar as zonas em que se divide o perímetro da cidade, estabelecendo em áreas adequadas as diversas atividades urbanas, de modo a impactar o menos possível o convívio social, equilibrando o interesse coletivo com o individual no uso da propriedade particular e pública, inclusive. E nos dias atuais, o crescimento desmedido das urbes exige cada vez mais o planejamento prévio de ordenamento da cidade, de seu traçado e zoneamento, da disciplina dos loteamentos e das construções, das consequências concernentes à mobilidade urbana, etc. a fim de se viabilizar essa convivência equilibrada e harmoniosa.

Destarte, trata-se de diploma legislativo verticalmente incompatível com a Constituição Paulista, vez que o processo legislativo não observou norma de observância obrigatória, qual seja, a exigência de planejamento e de estudos prévios e de participação popular em matéria urbanística.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0494837-36.2010.8.26.0000, Relator Des. Guerrieri Rezende, v.u., j. 12/09/2012)

"***Ação direta de inconstitucionalidade – Lei municipal que altera substancialmente a lei que dispõe sobre o Plano Diretor do Município – Necessidade de ser o processo legislativo – tanto o referente à elaboração da Lei do Plano Diretor como daquela que a altera – integrado por estudos técnicos e manifestação das entidades comunitárias, fato que não ocorreu – Audiência do Conselho Municipal de Política Urbana que não supre a exigência da participação popular, caracterizadora de uma democracia participativa – Ação procedente.***

Está, pois, absolutamente claro que os legisladores constituintes

Acesso ao Sumário

exigiram a participação efetiva da população do Município na elaboração da diretrizes e normas concernentes ao desenvolvimento urbano. É a democracia participativa, que vai além da simples representação popular. O regime da democracia participativa ou democracia deliberativa é aquele no qual se pretende que existam efetivos mecanismos de controle da sociedade civil sob a administração pública, não se reduzindo o papel democrático apenas ao voto, mas também estendendo a democracia para a esfera social.

Democracia participativa que, segundo Paulo Bonavides, poderá fazer a transição da obsolescência representativa dos parlamentos para a instantânea e eficaz e legitimante aplicação dos mecanismos plebiscitados da Constituição, instaurando assim, em definitivo, as bases democráticas do poder (Palestra proferida no I Encontro Nacional da Associação Juízes para a Democracia em Recife/PE, no dia 01/12/2005, cujo tema era "Por um direito constitucional de lutas e resistência").

Eis a precípua determinação da lei, que é a questão central envolvida na ação direta de inconstitucionalidade em apreço: gestão democrática da cidade por meio da população e de associações representativas.

Não basta, portanto, ouvir o Conselho Municipal de Política Urbana para atendimento do ditame constitucional e legal da participação popular. A composição do citado órgão (fls. 58/59) em absoluto autoriza vislumbrar a participação popular.

Mas, além da ausência de demonstração da participação popular no debate acerca das alterações de lei do Plano Diretor da cidade, também não restou comprovado que estudos técnicos foram realizados para sua elaboração.

Realmente, é trabalhoso planejar o desenvolvimento urbano. É custosa a elaboração de lei que institui o plano diretor da cidade.

Porém, é preciso a realização desse esforço, com a efetiva participação da população, sem o que as cidades brasileiras continuarão a se desenvolver de forma desordenada, tornando-se incapaz de cumprir seu desiderato, que é o de nos permitir nela viver e buscar a felicidade.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0207644-30.2011.8.26.0000, Relator Walter de Almeida Guilherme, v.u., j. 21/03/2012)

Assim, é de ser declarada a inconstitucionalidade da lei, sendo de rigor aplicar-se a eficácia "ex tunc" da presente declaração de inconstitucionalidade.

E no âmbito do Supremo tribunal Federal, colhemos:

"A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia '***ex tunc***' (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal." (AgR no Agravo de Instrumento n. 589.789/RJ, STF, 2ª Turma, Celso de Mello, unânime, 12-09-2006, DJ 07-12-2006 p. 64 – Transcrição parcial da ementa).

Acesso ao Sumário

Isso posto, **julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.570, de 09 de setembro de 2011, do Município de Assis, com efeito "*ex tunc*". Remetam-se os presentes autos à E. 2ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0003335-08.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é interessada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 70 DA LEI ESTADUAL Nº 10.261/1968 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO), COM REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.012/2007, AMBAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – MATÉRIA ESPECIFICAMENTE ENFRENTADA POR ESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – INCIDÊNCIA DO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI PROCESSUAL – INCIDENTE NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela C. 2ª Câmara de Direito Público desta Corte (fls. 157/160), no julgamento da apelação interposta nos autos do Mandado de Segurança impetrado em favor de Edson Ades D'Amelio, contra ato do Secretário da Secretaria Estadual da Fazenda do Estado de São Paulo, tendo por objeto o artigo 70 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis), em sua redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo.

Entendeu a C. Câmara suscitante que a nova redação emprestada ao dispositivo legal, ao estipular o afastamento do servidor público preso preventivamente, com prejuízo da remuneração, até a condenação ou absolvição transitada em julgado é inconstitucional, por ofensa aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos, além da própria dignidade da pessoa humana.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça acostado a fls. opinando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade apontada.

É o Relatório.

A C. 2ª Câmara de Direito Público desta Corte, ao enfrentar a apelação interposta contra r. sentença que denegou a segurança impetrada em favor de Edson Ades D'Amelio em face da Fazenda do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 97 da Constituição da República, arguiu a inconstitucionalidade do artigo 70 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), em sua redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo, suscitando o presente incidente em julgamento ocorrido aos 04.11.2014 (fls. 156/161).

Limita-se o exame do presente à questão envolvendo a constitucionalidade do artigo 70 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), alterado pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo, cuja redação atual é a seguinte:

"*Artigo 70 O servidor preso em flagrante, preventiva ou temporariamente ou pronunciado será considerado afastado do exercício do cargo, com prejuízo da remuneração, até a condenação ou absolvição transitada em julgado.*

§ 1º Estando o servidor licenciado, sem prejuízo de sua remuneração, será considerada cessada a licença na data em que o servidor for recolhido à prisão.

§ 2º Se o servidor for, ao final do processo judicial, condenado, o afastamento sem remuneração perdurará até o cumprimento total da pena, em regime fechado ou semi-aberto, salvo na hipótese em que a decisão condenatória determinar a perda do cargo público."

Acesso ao Sumário

No entanto, o presente incidente não será conhecido, conforme disposição prevista no parágrafo único do art. 481 da Lei Processual, posto que houve pronunciamento específico e definitivo reconhecendo a inconstitucionalidade material da norma impugnada por este C. Órgão Especial, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0062636-17.2014.8.26.0000, de relatoria do eminente Desembargador Francisco Casconi:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 70 DA LEI ESTADUAL Nº 10.261/1968 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO), COM REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.012/2007, AMBAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – INCIDENTE QUE SUPLANTA JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, FIRMADO NÍTIDO POSICIONAMENTO DA C. CÂMARA SUSCITANTE – ÓBICE DO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI PROCESSUAL, NÃO CONSTATADO – DISPOSITIVO IMPUGNADO QUE DISCIPLINA O AFASTAMENTO DO CARGO DE SERVIDOR PÚBLICO SUJEITO A PRISÃO EM FLAGRANTE, PREVENTIVA OU TEMPORÁRIA, OU AINDA PRONUNCIADO, COM PREJUÍZO DA REMUNERAÇÃO, ATÉ CONDENAÇÃO OU ABSOLVIÇÃO TRANSITADA EM JULGADO – ASPECTO PATRIMONIAL DA NORMA QUE ENCERRA VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA NÃO CULPABILIDADE (ART. 5º, INCISO LVII, CR) E DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (ART. 37, INCISO XV, CR) – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – INCIDENTE ACOLHIDO POR MAIORIA."

Registra-se, finalmente, não se tratando de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, inviável declaração de nulidade, por arrastamento, da redação original do dispositivo impugnado, mesmo porque editada em período anterior à atual Constituição (parâmetro), o que submete alegada incompatibilidade ao fenômeno intertemporal, dispensada observância da cláusula de reserva de plenário.

Ante o exposto, não se conhece da arguição de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

0050771-94.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. ARANTES THEODORO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. GUERRIERI REZENDE. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOÃO NEGRINI", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.061)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ANTONIO CARLOS VILLEN, NEVES AMORIM, GRAVA BRAZIL e ELLIOT AKEL julgando o conflito procedente e competente a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e GUERRIERI REZENDE (com declaração), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VANDERCI ÁLVARES, ADEMIR BENEDITO, BORELLI THOMAZ, CARLOS BUENO e EROS PICELI julgando o conflito procedente e competente uma das Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.

ARANTES THEODORO, Relator Designado

Ementa: Conflito de competência. Ação indenizatória. Concessionária de serviço público. Ilícito extracontratual. Artigo 3º da Resolução nº 623/2013 com a redação conferida pela Resolução nº 648/2014. A norma regulamentar não reclama relação de causa e efeito entre a prestação de serviço e o ato ilícito. Ao fazer uso da expressão "ilícitos extracontratuais" ela abarca as demandas que versam sobre o tema, desde que o fato danoso tenha relação com a atividade fim da concessionária. Julgamento recursal que incumbe às Câmaras da Seção de Direito Público. Conflito acolhido, reconhecida a competência da suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela 5ª Câmara da Seção de Direito Público relativamente à 32ª Câmara da Seção de Direito Privado, relativamente a julgamento de apelação em autos de ação indenizatória.

A Câmara integrante da Seção de Direito Privado negou sua competência ao argumento de se cuidar de demanda que versa sobre ilícito extracontratual imputado a empresa concessionária de serviço público, o que impõe atribuir o julgamento à Seção de Direito Público ante o disposto na Resolução nº 194/2004, com a redação conferida pela Resolução nº 281/2006.

A Câmara de Direito Público, de seu turno, apontou sua incompetência ao argumento de que segundo a Resolução nº 623/2013 desta Corte recurso extraído de demanda acerca de responsabilidade extracontratual deve ser julgado pela Seção de Direito Privado, tendo então suscitado o presente conflito.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da Câmara da Seção de Direito Privado.

É o relatório.

Aqui se cuida de recurso extraído de ação indenizatória ajuizada por usuária contra empresa concessionária de serviço de fornecimento de água, propositura essa fundada na assertiva de que a autora se feriu cair nas dependências da empresa, onde estava para cuidar de assunto pertinente ao valor cobrado por aquele serviço.

As Câmaras das Seções de Direito Privado e Público controvertem entre si acerca da competência para julgar o aludido recurso.

Ora, o inciso "I.7" do artigo 3º da Resolução nº 623 desta Casa, com a redação conferida pela Resolução nº 648, de 11 de junho de 2014, atribui às Câmaras da Seção de Direito Público o julgamento de:

"*Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução*".

Pois na espécie se apresentava exatamente essa hipótese.

Afinal, a propositura estava direcionada contra empresa concessionária e versava sobre indenização por ilícito extracontratual reclamada sob a notícia de que a autora se acidentou nas dependências da empresa, onde estava para tratar de assunto pertinente ao serviço de fornecimento de água.

Note-se que a norma regulamentar não há de ser interpretada no sentido de só abarcar as demandas nas quais se impute relação de causa e efeito entre a prestação de serviço e o ato ilícito.

De fato, se a norma faz uso da expressão "*ilícitos extracontratuais*",

Acesso ao Sumário

então se há de compreender que ela se volta para as proposituras que versam sobre tal tema, desde que o fato danoso tenha relação com a atividade fim da concessionária de serviço público.

Por isso, na espécie o recurso havia de ser julgado pela Câmara da Seção de Direito Público.

Em suma, acolhe-se o presente conflito, ficando reconhecida a competência da Câmara suscitante.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 39.637)

1. Ouso divergir da D. Maioria, quanto ao mérito, pelas razões a seguir expostas.

2. Cuida-se de ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp, decorrentes de queda sofrida pela autora em 17.03.2008, ao adentrar o posto de atendimento da concessionária de serviço público.

Em que pese o entendimento perfilado pelos Julgadores integrantes da 32ª Câmara da Seção de Direito Privado, entendo que a competência para apreciar a matéria é da Seção de Direito Privado, ainda que de outra Subseção (no caso, a Primeira Subseção, composta pela 1ª a 10ª Câmaras), mesmo nos casos em que há discussão a respeito de responsabilidade civil extracontratual. A questão jurídica situa-se no âmbito do direito privado, apesar de uma das partes tratar-se de ente público.

A competência é definida em razão da matéria objeto da demanda. No caso em apreço, a matéria é relativa à ação de reparação de dano causado por acidente sofrido nas dependências da concessionária, inserida no campo da competência da Seção de Direito Privado e não da Seção de Direito Público. Não importa, para a definição da competência, a condição de ente público da apelante. Não se busca, neste caso, a responsabilização civil do Estado. Trata-se de relação de direito privado, e como tal os entes públicos devem se submeter às regras aplicáveis aos entes privados. "É a matéria discutida, e não a qualidade das partes, que determina a competência das secções civis deste Tribunal (artigos 183 e 184 de nosso Regimento Interno, em combinação com os incisos II e III do *caput* do artigo 2º da Resolução nº 194/2004) (Dúvida de Competência nº 180.331-0/5, Relator Des. Barreto Fonseca, j. em 30.09.2009).

A teor do disposto no item I.29, do inciso I, do artigo 5º da Resolução n. 623/2013, publicada no Diário Oficial de 16 de outubro de 2013, que revogou a Resolução n. 194/2004, procede o conflito para reconhecer a competência da

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

Primeira Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, devendo ser determinada a redistribuição do presente Conflito para uma dessas Câmaras:

"Art. 5º – A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

(...)

I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: (...)

I.29 – Ações de responsabilidade civil extracontratual, salvo a do Estado".

E nos termos do artigo 103 do RITJSP, a competência em razão da matéria é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento. Dessarte, o fato de não envolver interesse público, mas, sim, responsabilidade civil extracontratual, retira da 5ª Câmara de Direito Público sua competência recursal.

Ademais disso, também não é competente para o julgamento da demanda a suscitada 32ª Câmara de Direito Privado, devendo o presente Conflito ser redistribuído para a Primeira Subseção de Direito Privado, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras.

3. Nessa esteira, já decidiu este Colendo Órgão Especial em caso semelhante, envolvendo responsabilidade civil extracontratual da empresa Telesp, *in verbis*:

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ALEGAÇÃO DE ACIDENTE CAUSADO POR BASE DE CONCRETO ABANDONADA SEM SINALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DE EMPRESA – ART. 2º, III, A, DA RESOLUÇÃO N. 194/2004 CC PROVIMENTO N. 63/2004 – COMPETÊNCIA DA SUSCITADA 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO*". (Conflito de Competência nº 0068070-21.2013.8.26.0000, Relator Des. Antonio Vilenilson, j. em 24.07.2013).

4. Com base em tais fundamentos, **pelo meu voto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência para o julgamento da referida matéria da Primeira Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, determinando a redistribuição do conflito para uma dessas Câmaras**.

GUERRIERI REZENDE, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0070204-84.2014.8.26.0000, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 12ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA DAS CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO 3 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.007)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 17 de dezembro de 2014.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de condenação em dinheiro combinado com indenização em perdas e danos. Contratos de previdência privada entre particular e instituição financeira. Julgada improcedente nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, com condenação do autor no pagamento das custas e honorários. Recurso de apelação distribuído a 12ª Câmara de Direito Privado que não conheceu do recurso, determinado sua remessa para redistribuição a umas das Câmaras de Direito Público. Distribuída a 2ª Câmara de Direito Público que determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Privado. Presidente da Seção de Direito Privado suscitou o conflito de competência. –

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

Matéria não se enquadra na definição de "questões previdenciárias" a que se refere art. 3º da Resolução nº 623/2013 para tornar competente a Seção de Direito Público. Competência da Câmara de Direito Privado, diante do entendimento de que esse tipo de contrato tem natureza securitária. Inteligência do art. 5º, III.8, da Resolução nº 623/2013. Precedentes. – Conflito improcedente para reconhecer a competência de uma das Câmaras da 3ª Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal.

VOTO

I – Trata-se de **Conflito de Competência** em apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Espírito Santo do Pinhal (Controle nº 680/08), que julgou improcedente a ação de condenação em dinheiro combinada com indenização por perdas e danos ofertada por JAIR ROBERTO TUON em face do BANCO BRADESCO S/A, em decorrência de contratos de previdência privada (cf. fls. 02/11 – petição inicial; e 120/vº – sentença).

O recurso de apelação interposto distribuído à Colenda 12ª Câmara de Direito Privado, que não o conheceu e determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público (cf. fls. 166/170).

A Colenda 2ª Câmara de Direito Público, por sua vez, também não conheceu da apelação, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Privado (cf. fls. 175/177).

O Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, a fim de evitar prolongamento do processo, determinou o encaminhamento dos autos a este Órgão Especial para dirimir as dúvidas suscitadas (cf. fls. 191/192).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do Conflito de Competência para reconhecer a 12ª Câmara da Seção de Direito Privado como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (cf. fls. 198/204).

É o relatório.

II – Segundo preceitua o art. 103 do Regimento Interno desta Corte de Justiça: "***A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la***".

Com efeito, da leitura da petição inicial (cf. fls. 02/11), verifica-se que na lide civil o autor, JAIR ROBERTO TUON, pretende a condenação em dinheiro combinado com indenização por perdas e danos da ré, BANCO BRADESCO

Acesso ao Sumário

S/A.

O autor entende ter sido prejudicado em contratos de previdência privada celebrados com a instituição financeira, motivando seu pedido de condenação da ré na restituição das parcelas pagas com atualização e corrigidas monetariamente.

Não há se olvidar que a demanda resvala em questão exclusivamente particular, tanto que nos polos da relação processual figuraram dois entes privados.

Em sendo assim, o fato de envolver "*questões previdenciárias*" não torna competente uma das Câmaras de Direito Público, como bem deixou assente este Colendo Órgão Especial em casos análogos.

A discussão contratual securitária recai sobre competência da 3ª Subseção de Direito Privado, por força do que dispõe o art. 5º, III.8, da Resolução nº 623/2013, deste Tribunal:

> "*Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*
>
> *(...)*
>
> *III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: (...)*
>
> *III.8 – Ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais;*"

Diante dessas circunstâncias, não obstante os argumentos expendidos em contrário, a competência para apreciar o presente recurso de apelação é da Câmara de Direito Privado, para onde os autos deverão ser remetidos.

Tal entendimento foi referendado pelo Órgão Especial desta Corte de Justiça:

> "*Conflito de competência. Previdência privada ou complementar. Matéria caracterizada como modalidade de seguro pessoal, de nítida natureza securitária e contratual. Questão jurídica situada no âmbito do direito privado, inserida na competência das Câmaras integrantes da 3ª Seção de Direito Privado. Item III.8 do artigo 5º da Resolução nº 623/2013. Conflito julgado procedente para estabelecer a competência de uma das C. Câmaras da 3ª Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal.*" *(Conflito de Competência nº 0051183-25.2014.8.26.0000 – rel. Guerrieri Rezende – Órgão Especial do Tribunal de Justiça – j. 01.10.2014).*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência de uma das Câmaras da 3ª Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso de apelação interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0086093-78.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35742)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais e materiais fundada em ato ilícito cuja responsabilidade é atribuída a concessionária de serviço público (Comgás) – Responsabilidade civil extracontratual de concessionária de serviço de gás – Competência prevista para a Seção de Direito Público – Aplicação do art. 3º, I, item "I.7", da Resolução nº 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014 – Competência da Seção de Direito Público – Fixação da competência da 8ª Câmara de Direito Público – Conflito procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado entre a *Colenda 6ª*

Câmara da Seção de Direito Privado, e a *Colenda 8ª Câmara da Seção de Direito Público*, nos autos de agravo de instrumento tirado em ação de indenização por dano morais e materiais, fundada em ilícito ocorrido na prestação de serviços por concessionária de serviço público de fornecimento de gás encanado (Comgás).

Distribuído o agravo, livremente, para a 8ª Câmara de Direito Público (fls. 266), declinou esta de julgá-lo, sob o argumento de que a pretensão objetiva a reparação por danos materiais e morais entre particulares, o que afeta a competência a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado deste E. TJSP, motivo pelo qual representou ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Seção de Direito Público para eventual redistribuição do recurso (fls. 267/270).

Acolhida a representação, foi determinada a redistribuição do recurso (fls. 272).

Redistribuído o agravo para a 6ª Câmara de Direito Privado (fls. 274), esta também não se deu por competente e, invocando os termos da Resolução nº 623/2013 (art. 3º, I.7), com as alterações da Resolução nº 648/2014, e precedente deste C. Órgão Especial, representou ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado pela redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público ou pela devolução à C. 8ª Câmara de Direito Público (fls. 275/277).

A E. Presidência da Seção de Direito Privado deste E. Sodalício entendeu pela caracterização do conflito de competência e determinou o encaminhamento dos autos a este C. Órgão Especial para solução do impasse (fls. 279).

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu seu parecer pela procedência deste conflito de competência, para se reconhecer como competente para o processamento e o julgamento do recurso a C. 8ª Câmara da Seção de Direito Público (fls. 286/291).

É o relatório.

Os autos foram inicialmente distribuídos à 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não se reconheceu como competente, sendo os autos redistribuídos para uma das Câmaras da Seção de Direito Privado ordinalmente numeradas de 1 a 10, competentes para apreciar e julgar ações que envolvam reparação de danos por ato ilícito entre particulares.

Redistribuídos os autos à C. 6ª Câmara de Direito Privado, essa também não se entendeu por competente para a apreciação da controvérsia, e solicitou a redistribuição do agravo de instrumento, invocando a previsão trazida pela Resolução nº 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014.

E, com a devida vênia aos pensamentos em contrário, razão assiste à Colenda 6ª Câmara de Direito Privado.

A competência do órgão jurisdicional, seja originária ou recursal, como bem leciona Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *Instituições de*

Acesso ao Sumário

Direito Processual Civil (V. I, 4ª ed., São Paulo, 2004, p. 421/422), é aferida "***invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos elementos da demanda proposta,* in statu assertionis**".

Nesse sentido, vide também: STJ, Conflito de Competência nº 100.589/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/09/2009, DJe de 30/09/2009; Conflito de Competência nº 90.673/SP, STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 27/05/2009, DJe de 10/06/2009; Conflito de Competência nº 98.704/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 11/02/2009, DJe de 04/03/2009.

Dessa forma, a definição do órgão jurisdicional competente deve ser realizada à luz dos elementos da petição inicial, conforme, inclusive, estabelecido no art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"**Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la**".

No caso vertente, trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão interlocutória proferida em ação de reparação por danos decorrentes em prestação de serviço de instalação de gás canalizado por concessionária de serviço público.

A pretensão da parte autora está fundada em ilícito civil extracontratual ocasionado pela falha na instalação de serviço de gás canalizado. De fato, houve explosão no interior do imóvel da autora, causando-lhe ferimentos de natureza grave, e a morte de seu marido, Geraldo Magela Gomes de Souza, em virtude do vazamento de gás no local.

A lide principal está jungida, portanto, à reparação por danos sofridos em ilícito extracontratual consubstanciado em acidente ocasionado por vazamento na instalação de gás canalizado pela empresa Comgás, o que evidencia falha na prestação de serviço público por concessionária de serviço público e que demanda a competência das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público deste E. Sodalício.

Acesso ao Sumário

Isso porque, a matéria debatida nos autos leva a inserção dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas "***ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução***", e que seriam da competência da Seção de Direito Público (da 1ª à 10ª Câmaras), nos termos da redação do artigo 3º, inciso I, item I.7, da Resolução nº 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014.

Por este fundamento, a razão está com a douta Câmara apontada como suscitante.

Diante do exposto, julga-se procedente o conflito, fixando-se a competência da C. 8ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, suscitada, para o julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0087883-97.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.027)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – APELAÇÃO COM REVISÃO – AÇÃO MOVIDA CONTRA EMPRESA DE TRANSPORTE POR PESSOAS FÍSICAS QUE BUSCAM O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXCLUSIVAMENTE MORAIS DECORRENTES DA DEMORA NA RETIRADA DE MATERIAIS DERRAMADOS AO SOLO APÓS O DESCARRILAMENTO DO TREM QUE OS TRANSPORTAVA – RELAÇÃO ENVOLVENDO

Acesso ao Sumário

INTERESSES DE PARTICULARES – QUESTÃO AMBIENTAL AVENTADA DE FORMA SECUNDÁRIA, COMO MERO REFORÇO ARGUMENTATIVO, SEM REFLEXOS NA TUTELA JURISDICIONAL POSTULADA, DE NATUREZA UNICAMENTE PATRIMONIAL – PROCEDÊNCIA DO INCIDENTE PARA SE DETERMINAR A COMPETÊNCIA DA 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, PARA ONDE OS AUTOS FORAM INICIALMENTE DISTRIBUÍDOS.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, nos autos da apelação cível nº 0109914-15.2008.8.26.0100, interposta contra sentença que rejeitou o pedido deduzido pelos autores em ação de indenização por danos morais, condenando-os ao pagamento de honorários sucumbenciais de 10% do valor da causa, observada a gratuidade processual. Não foi acolhido, demais disso, o requerimento formulado pela ré de imposição de pena por litigância de má-fé (fls. 558/562).

Distribuído inicialmente o recurso à 8ª Câmara de Direito Privado, sorteado relator o douto Desembargador Caetano Lagrasta, a turma julgadora dele não conheceu e determinou sua redistribuição para umas das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 702/707), sob o entendimento de estar em discussão "*pedido de indenização por danos decorrentes da suposta desídia da requerida em realizar a limpeza de local afetado por descarrilamento de trem, que acarretou no derramamento de substância química, com reflexos no meio ambiente.*" (fl. 706).

Os autos foram então redistribuídos à 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, sorteada relatora a ilustre Desembargadora Zélia Maria Antunes Alves, sendo que, pelo v. acórdão de fls. 456, a turma julgadora igualmente declinou da competência para julgamento do recurso e suscitou o presente conflito. Entendeu-se que a discussão travada nos autos principais dizia respeito especificamente a indenização pessoal por danos morais, sem questionamento direto sobre agressão ao meio ambiente natural ou pedido de eventual recuperação ambiental, inexistindo correspondência, portanto, com a competência estabelecida para aquela câmara especializada.

Acesso ao Sumário

Conflito a ser dirimido pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 200 do seu Regimento Interno.

É o relatório.

O conflito de competência tem razão de ser.

O que buscam os autores na ação proposta é a condenação da empresa prestadora de serviços de transporte ferroviário a pagar indenização por danos morais em razão do acidente narrado (descarrilamento de vagões de carga), ocorrido a poucos metros da sua residência, o que importou transtornos de toda ordem, notadamente à sua saúde. Destacam que o descaso da referida empresa com relação à remoção dos destroços e limpeza do local foi tal que precisaram se recorrer da Imprensa para resguardar seus direitos.

Não obstante a referência aos direitos constitucionais violados em razão da conduta omissiva e lesiva da ré, dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o de proteção do patrimônio paisagístico (artigos 24, incisos VI, VII e VIII e 225, *caput* item 20 – fl. 11), o fato é que a intenção dos autores está intimamente vinculada à reparação de sua dignidade, ou seja, a questão ambiental propriamente dita passa ao largo do debate travado nos autos (teve a finalidade apenas de reforçar o argumento de desídia da ré), e, além disso, não envolve interesses difusos, mas individuais.

A Resolução n. 512/2010 deste E. Tribunal de Justiça é firme ao disciplinar em seu artigo 1º:

"*A Câmara Especial do Meio Ambiente, criada pela Resolução n. 240/2005, agora denominada* '*Câmara Reservada ao Meio Ambiente*' *(art. 284, do Regimento Interno), tem competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos* <u>*diretamente ligados ao meio ambiente*</u>*, independentemente de a proteção ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.*" (grifo nosso).

Portanto, a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente está intimamente limitada às questões que envolvam diretamente o meio ambiente natural de que trata a Magna Carta em seu art. 225, seguida da legislação infraconstitucional relacionada ao mesmo tema (art. 4º da Resolução nº 623/2013).

Se é o pedido principal que define a competência para apreciação do caso, não cabe à câmara especializada apreciar questões distintas, sem conotação com o tema ambiental ou mesmo em que este é suscitado de forma meramente acessória.

Nesse sentido ainda se observa que a discussão travada nos autos principais envolve particulares, estando em jogo, portanto, mera relação de direito privado, o que significa dizer que o interesse difuso sequer é invocado.

A propósito, confira-se precedente deste Órgão Especial:

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Dano moral – Descarrilamento de vagões de trem – Dano ambiental como questão secundária – Hipótese que não se enquadra no art. 1º, parágrafo único, da Resolução 512/10,*

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

mas entre 'ações de responsabilidade civil extracontratual, salvo a do Estado', conforme definição constante do Anexo I, do Provimento n° 63/2004 do TJSP – Inteligência do Provimento nº 63/2004 e do art 2º, III, 'a', da Resolução nº 194/2004 com a redação dada pela Resolução nº 281/2006 e do Assento Regimental 382/2008 do TJSP – Firmada a competência da C. 9ª Câmara de Direito Privado, suscitada – Conflito procedente."

(Órgão Especial – Conflito de Competência nº 0102491-37.2013.8.26.0000 – Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy – j. em 14.08.2013)

"*DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos morais. Descarrilamento de vagões de trem ferroviário. Derramamento de carga. Material não retirado do local do acidente. Pretensão que envolve – como objeto principal e preponderante – o exame de suposta conduta negligente da ré, que teria abandonado a carga e os vagões acidentados, sem alguma preocupação em efetuar a limpeza da área. Responsabilidade Civil Extracontratual. Questão ambiental que foi invocada apenas de forma reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes do C. Órgão Especial. Dúvida procedente. Competência da 8ª Câmara de Direito Privado.*"

(Órgão Especial – Conflito de Competência nº 0087638-23.2013.8.26.0000 – Rel. Des. Antonio Luiz Pires Neto – J. em 14.08.2013)

Posto isto, julgo procedente o conflito para reconhecer a competência da E. 8ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça para julgamento do recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0082222-40.2014.8.26.0000, da Comarca de Miracatu, em que é suscitante 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. VANDERCI ÁLVARES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.657)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

RENATO NALINI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Conflito de competência. Acidente de veículo. Ação fundada na culpa do condutor do veículo. Aplicação da Resolução 623/2013. Competência da 25ª à 36ª Câmaras de Direito Privado ações que versem sobre reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado. Precedentes deste C. Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência da 25ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

I – Trata-se de Conflito de Competência suscitado em decisão proferida pela 10ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento da apelação nº 0000976-39.2005.8.26.0355, da Comarca de Miracatu, em que aquela Câmara declinara de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Privado.

O recurso de apelação interposto foi inicialmente distribuído à Colenda 25ª Câmara da Seção de Direito Privado que deixou de conhecê-lo por entender ser de competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Público, determinando a redistribuição do feito (cf. fls. 565/ 573).

Distribuído o recurso à Colenda 10ª Câmara da Seção de Direito Público, esta, por sua vez, também não conheceu da apelação e suscitou o presente conflito de competência (fls. 133/138).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, para reconhecer a competência da suscitada, a Egrégia 25ª Câmara da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça (fls. 582/ 585).

É o relatório.

II – Em que pese o entendimento esposado pelos eminentes integrantes

Acesso ao Sumário

da Colenda 25ª Câmara da Seção de Direito Privado, a ela compete julgar a apelação versada nestes autos, tendo sido correta a declinação da competência realizada pela 10ª Câmara da Seção de Direito Público.

Com efeito, da leitura da petição inicial, verifica-se que o autor ajuizou ação de reparação de danos decorrentes de atos ilícitos em face das concessionárias "Viação Cidade de Juquiá" e "Viação Cidade de Miracatu", pelo fato de um veículo de transporte coletivo ter atropelado e levado à morte os seus genitores (fls. 02/11).

Ressalto que a competência das Câmaras desta Corte deve ser definida pela análise do pedido e da causa de pedir, segundo o disposto no artigo 100, do Regimento Interno deste Tribunal:

"*A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.*"

A demanda originária aduzida é inequivocadamente indenizatória, demandando reparação dos danos consequentes do acidente. Neste exato sentido, a r. sentença julgou procedente a demanda e concluiu pela culpa do condutor do ônibus (fls. 409/432).

Dessa maneira, pode-se concluir que a resolução de nº 623/2013 deste Egrégio Tribunal de Justiça Paulista, publicada em 06 de novembro de 2013, a qual versa sobre a sistematização dos atos administrativos normativos que disciplinam a competência entre as Seções deste Tribunal de Justiça, subsume perfeitamente ao caso em apreço, visto quando dispõe acerca da competência da Terceira Subseção de Direito Privado, a qual é composta pelas 25ª a 36ª Câmaras.

"*Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª e 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias;

III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo (...)".

Assim, conforme bem mencionado pela Câmara suscitante, ante a matéria tratada na lide de origem que se coaduna plenamente com a hipótese tratada na resolução acima, não há que se falar em afastamento da competência da Câmara da Terceira Subseção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Mesmo porque não mais subsiste dúvida de que a competência para julgamento de ações de reparação de acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, é da Terceira Subseção de Direito Privado.

Não por outro motivo, esse vem sendo o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

> *Ação de sub-rogação securitária promovida por acidente de trânsito em rodovia – Envolvimento de ônibus sem que se saiba a razão de circular (fretamento ou linha) – Imputação de culpa do motorista do ônibus, por não observar distância de segurança entre veículos – Pedido fundado na culpa aquiliana, sem qualquer abordagem com responsabilidade objetiva, não mencionada em instante algum da causa petendi – Competência da Seção de Direito Privado (DP IJI) – Conflito procedente para declarar a competência da 30ª Câmara de Direito Privado. (CC 0049320-68.2013.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Relator Ênio Zuliani – 17/04/2013 – Votação: Unânime)*
>
> *Conflito de Competência. Ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito – Competência definida pela análise do pedido e da causa de pedir – Inteligência do art. 100 do RITJ. Discussão que não invoca a responsabilidade do Estado limitando-se aos atos do motorista. Inexistência de interesse público. Matéria de competência da Seção de Direito Privado nos termos do art. 2º, III alínea "c" da Resolução 194/2004, alterada pela Resolução 281/2006 deste TJSP – Conflito de Competência procedente. Remessa para a 25ª Câmara de Direito Privado. (CC 0210581-76.2012.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Relator Cauduro Padin – 23/01/2013 – Votação: Unânime)*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da suscitada, a 25ª Câmara de Direito Privado desta Corte, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0082747-22.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o

Acesso ao Sumário

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.148)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

ROBERTO MORTARI, Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação de Ressarcimento de Danos decorrentes de acidente de veículos, promovida em face de concessionária de serviço público – Competência recursal regulada pela Resolução nº 623/2013, dispondo que as ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, é de competência das Colendas Câmaras integrantes da Subseção de Direito Privado III – Conflito julgado procedente para afirmar a competência da Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 4ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, em face da 35ª Câmara de Direito Privado desta Corte, nos autos da Apelação nº 0136879-25.2011.8.26.0100.

A colenda Câmara suscitante, no v. acórdão de fls. 279/283, sustenta que o julgamento da apelação compete a uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Privado, na medida em que a pretensão indenizatória, no caso, decorre de danos derivados de acidente de veículos.

Por sua vez, a colenda Câmara suscitada, no v. acórdão de fls. 266/269, aduz que competência está afeta a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, porquanto o pedido de indenização está fundado em responsabilidade objetiva de concessionária de serviço público.

Após regular processamento, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou

pela procedência do conflito.

Esse, no essencial, o relatório.

A empresa Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais promoveu ação regressiva de indenização por danos materiais decorrentes de acidente de veículo em face da DERSA Desenvolvimento Rodoviário S/A, objetivando o ressarcimento do valor pago a um segurado, em razão de acidente de veículo em rodovia, causado por animal na pista.

A ação foi julgada procedente, impondo-se condenação à DERSA que, inconformada, apelou.

O recurso foi inicialmente distribuído à colenda 35ª Câmara de Direito Privado desta Corte, que dele não conheceu, por entender que a matéria estaria afeta a uma das Câmaras de Direito Público.

Operada a redistribuição, a egrégia 4ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, não concordando, suscitou conflito de competência, encaminhando os autos para este Órgão Especial.

E com razão. Afinal, de acordo com o artigo 100 do Regimento Interno desta Corte, a competência dos diversos órgãos deste Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial.

No caso, consoante se extrai da petição inicial de fls. 2/24, apesar de uma concessionária de serviço público figurar no polo passivo da ação, esta versa sobre danos decorrentes de acidente de veículo.

Diante disso, tendo-se em conta que a Resolução nº 623/2013 atribui às colendas 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado, a competência para julgar as ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, forçoso reconhecer que o julgamento do recurso incumbe à Câmara suscitada.

Nesse sentido, aliás, o r. parecer de fls. 291/294, da douta Procuradoria Geral de Justiça, também adotado como razão de decidir.

Assim, por tais fundamentos, julga-se procedente o conflito, para afirmar a competência da Colenda 35ª Câmara de Direito Privado, à qual os autos deverão ser encaminhados para o necessário prosseguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0079926-45.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO

Acesso ao Sumário

PAULO, é suscitada 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27497)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 11 de março de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO RELATIVA À INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS A BEM IMÓVEL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DERSA, EM ACIDENTE DE VEÍCULO – COMPETÊNCIA QUE SE FIXA PELO PEDIDO E NÃO PELA QUALIDADE DA PARTE, AO TEOR DO ARTIGO 103 DO RITJSP. COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, CONSOANTE O ARTIGO 5º, item III.15, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO PARA PROCESSAR E JULGAR O RECURSO.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado no recurso de apelação interposto contra sentença proferida nos autos de ação de indenização por acidente de veículo, alegando a suscitante, 3ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, que a matéria tratada nos autos é de responsabilidade civil

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

por acidente de trânsito envolvendo veículo da concessionária DERSA que ingressou com a ação, figurando, destarte, no polo ativo da mesma. Sustenta que, não obstante a ação envolva veículo de concessionária de serviços públicos, falece à 3ª Câmara de Direito Público competência para processar e julgar o recurso, ante o teor do artigo 5º, III.15 da Resolução nº 623/2013.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pela procedência do conflito.

É o relatório.

O conflito é de ser julgado procedente, competente a 27ª Câmara de Direito Privado desta Corte para processar e julgar o apelo.

Com efeito, é regra do artigo 103 do Regimento Interno desta Corte, que disciplina a regra de competência jurisdicional, ***verbis***: "***Art. 103****. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*.".

Na esteira de tal definição é que se entendeu, no Colendo Órgão Especial, pela irrelevância da qualidade da parte ao firmar-se a competência para julgamento, pois consoante já se decidiu, "**Conflito de competência – Ação regressiva de indenização – Acidente de trânsito envolvendo preposto de pessoa jurídica de direito público. 1. O critério balizador da competência recursal é estabelecido com vistas ao conteúdo da petição inicial, em que são definidos os limites da lide, compreendidos pedido e causa de pedir...**"[1]

Neste passo, trata-se de ação de reparação de danos materiais proposta pela concessionária DERSA, em razão de acidente de veículo (choque em viaduto), acidente esse que veio a acarretar danos em bem imóvel de sua propriedade, amparando a autora a ação nos artigos 159 e 1.521, ambos do Código Civil Brasileiro.

É caso de aplicação, pois, da Resolução nº 623, de 16.10.13, do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que assim dispõe:

"*Art. 5º A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*

III: Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

15. ***Ações de reparação de dano causado em acidentes de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado,***

1 **Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013**

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

concessionárias e permissionárias de serviço de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro."

Com efeito, existindo norma específica tratando da questão controvertida, é caso de aplicá-la.

Neste passo tem decidido este Colendo Órgão Especial em casos semelhantes:

"*DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por dano causado em acidente de trânsito. Veículo envolvido (supostamente causador do dano) que pertence ao Estado (Polícia Militar). Irrelevância. Recente alteração da alínea "c", do inciso III, do art. 2º da Resolução nº 194/2004, introduzida pela Resolução TJSP nº 605/2013, que definiu a competência das 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado para ações que versem sobre reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte. Critério mantido pelo art. 5º, item III.15, da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013. Dúvida procedente. Competência da C. 31ª Câmara de Direito Privado*"[2]

Diante do exposto, julgo procedente o presente conflito, declarando a competência da Colenda 27ª Câmara de Direito Privado desta Corte para processar e julgar o recurso.

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2165357-13.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CARLOS ALBERTO PAULA LEITE, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCDERAM A ORDEM, COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31852)**

Acesso ao Sumário

2 **TJSP – CC Nº 0205311-37.2013.8.26.0000 – Rel. Des. ANTÔNIO LUIZ PIRES NETO – j. em 12 de fevereiro de 2014.**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – Pleito de servidor público ao recebimento de adicional de periculosidade, por exercer função em exposição à radiação ionizante – Servidor autárquico que recebia o acréscimo quando exercia a mesma função sob o regime celetista – Ausência de norma regulamentadora da garantia prevista no art. 124, § 3º, da Constituição Estadual – Adicional de periculosidade que é direito assegurado pela Constituição Paulista aos servidores públicos no âmbito da administração estadual – Leis Complementares Estaduais nº 315/1983, 808/1996 e 825/1997 que tratam do adicional de periculosidade devido a servidores da administração centralizada e que exercem suas funções em estabelecimentos penitenciários – Hipótese em que não se enquadra o impetrante, servidor vinculado à entidade autárquica (Unicamp) – Omissão legislativa reconhecida, garantindo-se ao impetrante o direito ao recebimento do adicional da mesma forma como recebia sob o regime celetista – Injunção concedida, devendo gerar apenas efeitos *inter partes*, a fim de se evitar eventual impacto orçamentário e diante da possibilidade de regulamentação da matéria oportunamente.

VOTO

Trata-se de mandado de injunção impetrado por Carlos Alberto de Paula Leite em face do Governador do Estado de São Paulo. Alega ter sido contratado pela Universidade Estadual de Campinas sob regime celetista em 6 de agosto de

Acesso ao Sumário

1985 e que, no desempenho de sua função, haveria exposição diária e contínua à radiação ionizante. Por esta razão, receberia adicional de periculosidade, conforme disposto na "Norma Regulamentadora nº 16". Após o encerramento de seu contrato de trabalho em 31 de outubro de 2013, afirma ter passado a integrar os quadros da autarquia como servidor público, regido por estatuto próprio (ESUNICAMP). Todavia, com a alteração do vínculo e em razão da ausência de norma regulamentadora no âmbito da administração pública estadual, teria cessado o pagamento do adicional, a despeito da manutenção das mesmas funções e condições de trabalho. Assim, considerando o disposto no artigo 124, § 3º, da Constituição Estadual e diante da alegada inércia de iniciativa legislativa da autoridade impetrada, requer seja concedida a injunção para garantir eficácia plena ao recebimento de adicional de periculosidade. O Governador do Estado prestou informações (fls. 33/44). A Procuradoria de Justiça manifestou-se pela concessão da injunção (fls. 46/54).

É o relatório.

Nos dizeres de José Afonso da Silva, os pressupostos do mandado de injunção são: "*(a) a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; (b) ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo*" (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 2013, p. 452).

Feita essa consideração, cumpre delimitar o objeto da presente impetração, segundo a asserção exposta na petição inicial. Alegando ausência de norma regulamentadora no plano infraconstitucional acerca do adicional de periculosidade, bem como afirmando ter direito ao recebimento deste acréscimo, pretende o impetrante, servidor público autárquico, a concessão da injunção para suprir a suposta omissão legislativa.

Sem dúvida, o exercício profissional em que há exposição à radiação ionizante caracteriza atividade perigosa, conforme disposições da Norma Regulamentadora nº 16 e da Portaria 518, ambas do Ministério do Trabalho e Emprego. Trabalhadores inseridos nesta categoria, portanto, fazem jus ao recebimento de adicional de periculosidade, consoante garantia prevista no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

A Constituição Paulista prevê, em seu artigo 124, *caput*, que "*Os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público terão regime jurídico único e planos de carreira*", dispondo, ainda, em seu parágrafo 3º, que "*Aplica-se aos servidores a que se refere o* '*caput*' *deste artigo e disposto no artigo 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX da Constituição Federal*".

A Carta Bandeirante traz, portanto, rol de direitos de forma mais ampla em

relação àqueles previstos no artigo 39, § 3º, da Constituição Federal ("*Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir*"). A restrição decorrente da Emenda Constitucional 19/1998, que deu nova redação ao dispositivo mencionado, não se estende à Constituição Estadual. Isto porque interpretação razoável da parte final do citado texto permite concluir pela possibilidade de ampliação de direitos a servidores públicos, não se limitando àqueles ali elencados. Em suma, como bem salientou a D. Procuradoria de Justiça, "*malgrado a modificação na redação da Constituição da República, por meio de Emenda Constitucional de duvidosa constitucionalidade, em pleno vigor encontra-se o disposto no artigo 124, parágrafo 3º, da Constituição do Estado de São Paulo*" (fls. 52/53).

Disto se infere que, inequivocamente, o adicional de periculosidade é direito assegurado pela Constituição Paulista aos servidores públicos no âmbito da administração estadual.

O Governador do Estado de São Paulo afirma que referido adicional encontrar-se-ia regulamentado pelos artigos 1º e 3º, da Lei Complementar Estadual nº 315/1983, 2º, II, da Lei Complementar Estadual nº 808/1996, e 2º, da Lei Complementar Estadual nº 825/1997 (fls. 43/44).

Todavia, referidas leis aplicam-se especificamente aos servidores "da Administração Centralizada do Estado" que exercem suas funções em estabelecimentos penitenciários, não sendo esta, por certo, a situação em que se enquadra o impetrante. Vale dizer, rigorosamente não há norma de caráter geral regulamentadora do adicional de periculosidade, cuja iniciativa seria do Chefe do Poder Executivo Estadual (art. 24, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo). Assim sendo, é forçoso reconhecer a omissão legislativa no plano infraconstitucional, sobretudo na esfera da administração indireta, como ocorre na hipótese descrita na petição inicial, em que o servidor é vinculado à Universidade Estadual de Campinas (entidade autárquica, nos termos da Lei Estadual 7.655/1962).

Vale lembrar que "*Muitos direitos constam de normas constitucionais que preveem uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que possa ser aplicada. Norma regulamentadora é, assim, toda 'medida para tornar efetiva norma constitucional', bem diz o art. 103, § 2º. Nesses casos, a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora. Se ela não vier, o direito previsto não se concretizará. É aí que entra a função do mandado de injunção: fazer com que a*

norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada" (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 2013, p. 453).

Bem observou, ademais, a D. Procuradoria de Justiça que "*o impetrante exerce a mesma função há mais de vinte e cinco anos e recebia, enquanto celetista, o adicional de insalubridade, porquanto exposto à radiação ionizante (fls. 12/24). A sua nova condição de servidor público estadual, à luz da Constituição Paulista, de modo nenhum afasta o direito ao recebimento do adicional. Assim, à míngua de legislação infraconstitucional que delimite os contornos próprios da atividade insalubre, forçoso convir que o impetrante, na sua peculiar condição, faz jus à injunção para que receba o adicional da mesma forma que recebia enquanto trabalhador celetista*" (fls. 53/54).

Diante disso, reconhecida a omissão legislativa, concede-se a injunção para supri-la, garantindo-se ao impetrante o direito ao recebimento de adicional de periculosidade, da mesma forma como recebia quando exercia suas funções sob o regime celetista. A fim de se evitar eventual impacto orçamentário e diante da possibilidade de regulamentação da matéria oportunamente, a presente decisão deverá gerar efeitos apenas *inter partes*, a incidir a partir da impetração, nos termos do artigo 14, da Lei nº 12.016/2009.

Comunique-se o Governador do Estado de São Paulo.

Custas na forma da lei, sem imposição de honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001382-02.2014.8.26.0531, da Comarca de Santa Adélia, em que são apelantes W.P.F. (MENOR) e M.O.C. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SANTA ADÉLIA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao crime de roubo duplamente majorado. Adolescentes, previamente concertados e com os rostos parcialmente cobertos que ingressam em posto de combustíveis, vindo, mediante o emprego de arma de fogo, a abordar dois clientes, que se veem despojados de seus aparelhos celulares e de dinheiro que traziam. Agentes, em continuidade, que adentram na loja de conveniências existente no local, subtraindo, do caixa, a importância aproximada de R$ 800,00, o que foi feito após renderem o frentista e outra cliente que ali se encontrava, determinando que todos se deitassem no chão. Interceptação do IMEI de um dos celulares roubados, que é localizado na posse da irmã de M., vindo este a confessar pormenorizadamente os fatos na via administrativa, delatando, ainda, o correpresentado. Prova oral hábil. Confissão e delação que encontram suporte no remanescente da prova colhida. Ofendida T. que, em juízo, aponta a efetiva

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

participação de M. na ação subtrativa, dizendo que pode reconhecê-lo pela voz e pelas feições da boca. Palavras do policial civil coerentes e harmônicas. Retratações, no curso da oitiva informal e também em juízo, isoladas e que não convencem. Versões exculpatórias ofertadas por W. inábeis a infirmar a tese exposta na representação. Autoria e materialidade claras. Procedência da representação bem decretada. Majorantes do ato infracional equiparado a roubo bem reconhecidas. Aplicação da medida de internação que não comporta reparo. Medida socioeducativa adequada e proporcional à gravidade do fato e às condições pessoais dos infratores. Apelos improvidos.

VOTO

Apelações interpostas contra sentença que submeteu os menores **W.P.F.** e **M.O.C.** à medida de internação, por prazo indeterminado e com reavaliações semestrais, pela prática do ato infracional equiparado ao crime do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

W. acena com o decreto de improcedência da ação, fundado na fragilidade da prova. Diz que o teor de sua versão judicial é crível e verossímil, destacando que os relatos dos ofendidos e dos policiais não se prestam para lastrear a afirmação de sua responsabilidade pelos fatos. Insiste que o conjunto probatório colhido é frágil e, invocando o benefício da dúvida, busca a reforma, com a prolação do *non liquet* (folhas 225/228).

M., de seu lado, também busca a reforma da sentença, sublinhando que os fatos narrados na representação não condizem com a realidade. Destaca que na data e horário dos fatos se encontrava em casa, dormindo, nada sabendo acerca dos pormenores relativos ao roubo. Aduz, ainda, que sua suposta confissão extrajudicial, isoladamente, nada prova, até mesmo porque é de conhecimento geral que certas confissões, em delegacia, são obtidas de forma escusa, tudo a autorizar o decreto de improcedência da ação. Subsidiariamente, insurge-se contra a medida de internação, ao argumento de que a excepcionalidade a autorizá-la não restou demonstrada, entendendo adequada, ao caso, a substituição da medida extrema pela de liberdade assistida (folhas 229/234).

Acesso ao Sumário

Processados os recursos, com resposta, e mantida a decisão (assim entendido o despacho de folhas 256), subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos (folhas 260/262).

É o relatório.

Os recorrentes foram representados pela prática de ato infracional

equiparado ao crime de roubo duplamente majorado. Isso porque no dia (...), por volta das (...), no Auto Posto (...), localizado nos 400 metros da Rodovia (...), na Cidade de (...), Comarca de (...), **W.** e **M.** subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra os ofendidos V.B.S.M. e G.M.C., dois celulares e a quantia de R$ 870,00 pertencentes a ambos e ao estabelecimento comercial citado.

Relata a inicial que na data dos fatos os adolescentes se ajustaram e resolveram perpetrar o roubo. Para isso, dirigiram-se até os fundos do posto de combustíveis, onde **M.** vestiu uma touca ninja, apoderando-se, ainda, de arma de fogo pertencente a **W.** que, por sua vez, colocou um capacete. Ato contínuo, os infratores se dirigiram ao estabelecimento e renderam as vítimas V. e G., subtraindo deles, mediante grave ameaça exercida com a arma de fogo, dois celulares, bem como, respectivamente, as quantias de R$ 50,00 e de R$ 20,00. Não satisfeitos – e o relato ainda é da peça –, os adolescentes ingressaram na loja de conveniência existente no local, juntamente com os ofendidos V. e G., dirigindo-se M. até o caixa, onde apontou a arma para o ofendido J.M., ordenando a este que lhe fosse entregue todo o dinheiro, o que foi feito. De posse do numerário, os representados ordenaram que os ofendidos se deitassem no chão, fugindo do local.

A materialidade do ato infracional está comprovada pelo boletim de ocorrência (folhas 6/8), pelo auto de avaliação indireta (folhas 13/14), pelos relatórios de investigação (folhas 15/17, 25/26 e 75), pelo auto de exibição e apreensão (folhas 76), pelos autos de reconhecimento de objeto e de entrega (folhas 84/85) e, finalmente, pela prova oral.

E a autoria, por sua vez, é induvidosa.

Em razão de diligente trabalho de investigação que culminou com a localização de um dos celulares roubados em poder da irmã, **M.**, na <u>polícia</u> e na companhia de Conselheiro Tutelar, confessou pormenorizadamente a veracidade dos fatos narrados no boletim de ocorrência, delatando, inclusive, W.. Explicou que na noite dos fatos foi convidado pelo comparsa para visualizar uma pistola, que se encontrava ocultada, juntamente com um capacete e uma touca preta, nos fundos do posto de combustíveis. Anuiu e, juntos, rumaram ao local, onde, após visualizar o armamento, W. lhe propôs que praticassem um roubo. Após alguma relutância, concordou e vestiu a touca, apoderando-se, ainda, da arma de fogo, vindo o comparsa, por sua vez, a colocar o capacete. Em seguida, efetuaram a rendição de dois rapazes que se encontravam na área externa do estabelecimento, dos quais subtraíram celulares e valores em dinheiro. Ato contínuo e na companhia dos dois ofendidos, ingressaram nas dependências da loja de conveniência, vindo ele a subtrair, então, o numerário existente no caixa. Consumado o ato infracional, fugiram do local e efetuaram a divisão do butim, apoderando-se do celular *LG*, posteriormente localizado em poder de sua irmã,

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

e, ainda, da quantia de R$ 150,00. Ao fim, disse ostentar passagens anteriores pela prática de atos infracionais correlatos aos delitos de tráfico e de roubo (folhas 77). Na oitiva informal, o adolescente inovou e negou a prática do roubo, destacando que havia confessado os fatos na delegacia porque ficou com medo de que seus pais fossem presos. Na data e horário dos fatos se encontrava em sua residência, dormindo, vindo ainda a afirmar que havia adquirido o celular roubado, por R$ 25,00, de um "nóia" chamado A. (folhas 113). Em juízo, **M.** negou a veracidade dos fatos narrados na representação, destacando que havia adquirido o aparelho celular localizado em poder de sua irmã, por R$ 10,00, de um "nóia" conhecido pela alcunha de "C.". Quanto ao mais, disse ter confessado falsamente os fatos na polícia porque receou que seus pais pudessem ser presos, destacando ainda ter acusado injustamente W. porque este "havia dado em cima" de sua mulher, que se encontrava grávida, razão pela qual inclusive havia com ele discutido seriamente. Registrava passagens pela prática de atos infracionais equiparados a tráfico, roubo e furto e à época dos fatos não estudava (mídia digital a folhas 160).

W., na via administrativa, laconicamente negou participação no roubo, aduzindo desconhecer, ainda, as razões pelas quais havia sido injustamente acusado. Possuía registros de anteriores passagens pela polícia e processos (folhas 82). Na oitiva informal, o adolescente mais uma vez negou a prática infracional, afirmando desconhecer o autor e a data em que os fatos ocorreram (folhas 114). Sob o contraditório, o adolescente negou a veracidade dos fatos narrados na representação, dizendo ter sido injustamente acusado porque ostentava anteriores passagens. Jamais havia se desentendido ou discutido com M., com quem não travava relação de amizade. Quanto ao mais, disse acreditar que o correpresentado foi pressionado pelos policiais, vindo injustamente e por isso, a delatá-lo. Ostentava antecedentes pela prática de atos infracionais equiparados a tráfico e furto e, ao tempo dos fatos referenciais, descumpria medida de liberdade assistida, encontrando- se, inclusive, afastado dos estudos (mídia digital a folhas 160).

Acesso ao Sumário

O ofendido G.M.C. revelou que ele e V. bebiam cervejas no posto de combustíveis, oportunidade na qual foram abordados por dois rapazes, um dos quais apontou arma de fogo em direção à cabeça de seu amigo, anunciando ambos o roubo, ordenando, ainda, que ficassem quietos, sobrevindo a subtração de seus aparelhos celulares e de dinheiro que traziam. Em seguida, o agente armado ingressou na loja de conveniências, para onde eles, ofendidos, também foram conduzidos pelo comparsa daquele, sendo então ali compelidos a deitarem no chão, o que foi feito. Ao fim, esclareceu que um dos roubadores usava luvas, touca ninja e blusa com mangas compridas, ao passo que o outro utilizava um capacete (mídia digital a folhas 199).

A vítima V.B.S.M. ofertou relatos cônsonos aos de G., esclarecendo, em

complemento, que os roubadores também subtraíram dinheiro pertencente à loja de conveniências, onde estavam o funcionário J.M. e uma menina. Após a fuga da dupla na posse dos celulares e das quantias em dinheiro subtraídas, a polícia foi acionada. Revelou, ao fim, que seu aparelho de telefonia móvel, em razão de interceptação, foi recuperado (mídia digital a folhas 199).

O ofendido J.M.S., funcionário do posto de combustíveis, revelou que os clientes V. e G., após abastecerem veículo, ali passaram a tomar cervejas, sendo estes rendidos por dois rapazes encapuzados, um dos quais empunhava arma de fogo. Em seguida, os roubadores conduziram a dupla para o interior da loja de conveniência, de onde subtraíram, após ordenar que todos deitassem no chão, a quantia aproximada de R$ 800,00, com a qual fugiram. Ao fim, disse que após os fatos foi cientificado acerca da recuperação, apenas, dos aparelhos celulares subtraídos dos clientes (mídia digital a folhas 199).

T.A.C. destacou que na data e horário dos fatos bebia cerveja no interior da loja de conveniência, quando os dois roubadores ali ingressaram e anunciaram o assalto, apontando um deles arma em direção à sua cabeça. Ressaltou que este agente, embora vestisse touca, cuidava-se do representado M., vulgo “M.”, a quem já conhecia. Submetido a reconhecimento pessoal em juízo, a depoente o reconheceu pessoalmente e sem nenhuma dúvida, esclarecendo que por ocasião dos fatos o identificou pelas feições da boca e também pela voz (mídia digital a folhas 199).

O policial civil S.R. ressaltou que as investigações tiveram início mediante autorização judicial para interceptação das conversas travadas por intermédio de um dos celulares roubados, o qual, segundo foi possível apurar, estava sendo utilizado por L., irmã de M.. Em razão disso, foi expedido mandado de busca no endereço residencial do menor, sendo o telefone ali apreendido na posse da referida jovem. Inquirido, M. informalmente admitiu sua participação no roubo e delatou o correpresentado, vindo ainda a confessar formalmente os fatos no curso de sua formal inquirição na via administrativa (mídia digital a folhas 199).

O Conselheiro Tutelar D.S.J. confirmou ter acompanhado o adolescente M. na delegacia, ressaltando que o depoimento deste foi colhido de forma regular, sem quaisquer excessos pelas partes (mídia digital a folhas 199).

L.O.C., inquirida apenas na via administrativa, revelou que em certa data o representado M., seu irmão, chegou ao imóvel onde residiam na posse de um celular *LG*, usado e em bom estado de conservação. Nada sabia acerca da origem espúria do referido bem, no qual instalou *chip* de linha móvel pertencente à genitora, passando a utilizá-lo. Cientificada por policiais acerca do fato de que referido telefone era produto de roubo ocorrido no “Posto (...)”, travou conversas com o irmão M., vindo este a lhe confidenciar que ele e “W.” haviam sido os responsáveis pelo fato (folhas 80).

De início, importante frisar que a confissão e a delação ofertadas por M. perante a Autoridade Policial devem ser prestigiadas. É que, sem razão extraordinária, não é comum alguém mentir contra si próprio, delatando, ainda, pessoa que sabe ser inocente. E na espécie, não se vislumbram fatos que pudessem implicar no reconhecimento de confissão e delação falsas. As pormenorizadas confissão e delação, ademais, merecem eficácia probatória, porque críveis e verossímeis, frutos da clara correlação entre os testemunhos, tudo a permitir a procedência da ação.

O conjunto probatório, ademais, evidencia, com absoluta clareza, o ato infracional equiparado ao crime de roubo qualificado perpetrado pelos adolescentes M. e W.. Eles, previamente concertados e com os rostos parcialmente cobertos, ingressaram no posto de combustíveis e, mediante o emprego de arma de fogo, abordaram os ofendidos G. e V., clientes do estabelecimento, e anunciaram o assalto, subtraindo de ambos seus aparelhos celulares e, ainda, as quantias em dinheiro que estes traziam. Em continuidade, a dupla ingressou nas dependências da loja de conveniências do posto, para onde os ofendidos G. e V. foram também conduzidos, sobrevindo então a abordagem do funcionário J.M. e da cliente T., ordenando os roubadores que todos se deitassem no chão, o que foi feito, vindo então os agentes a subtrair, do caixa, a importância aproximada de R$ 800,00, com a qual também fugiram. Posteriormente aos fatos e em razão de interceptação do IMEI do aparelho celular subtraído do ofendido V., policiais civis obtiveram informações no sentido de que L., irmã de M., estava usando o referido aparelho, razão pela qual a Autoridade Policial representou pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, que foi deferido, vindo os agentes públicos, no curso da diligência, a efetivamente localizar o bem na posse de L.. E M., na oportunidade, informalmente admitiu aos agentes públicos sua participação no roubo, delatando ainda o correpresentado, razão pela qual ele foi conduzido ao distrito policial, onde, mais uma vez, confessou pormenorizadamente os fatos perante a Autoridade Policial e na presença de Conselheiro Tutelar, dizendo ter agido mediante emprego de arma de fogo e em concurso com W..

Acesso ao Sumário

De outro lado, nunca é demais lembrar que a palavra dos ofendidos, nos casos de roubo, assume papel de importância capital, porque, em regra, é ele quem visualiza o agente e sua conduta. E quando os relatos se revestem de coerência, robustez e segurança e não demonstram qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto, devem ser aceitos como elementos hábeis à procedência da representação, suportando os agentes, então, o ônus de contrastá-los, o que, na espécie, não foi feito. Cumpre anotar que ao menos a vítima T., em juízo e em sala própria, reconheceu efetivamente M. como um dos autores da ação subtrativa, **destacando que já o conhecia anteriormente aos fatos**. Esclareceu, ainda, que M., na ocasião – e no esteio da confissão ofertada –,

era o agente responsável por empunhar a arma de fogo, aduzindo que pode reconhecê-lo pelas feições da boca e, também, pela voz.

Aliás, "a vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão procura contribuir – como regra – para a realização do justo concreto" (RJTACRIM – vol. 39 – Relator **Juiz RENATO NALINI**).

Não bastasse isso, não se pode ainda perder de vista que os ofendidos G., V. e M. ofertaram relatos harmônicos, narrando particularidades da dinâmica do ato infracional que guardam estreita correlação com os teores da confissão e delação ofertadas por M. na via administrativa, tudo a comprovar a veracidade destas.

Não bastasse isso, o relato judicial do policial civil responsável pela investigação é coerente e está em perfeita sintonia com a prova colhida, com a nota de que não há um único indício – nem houve prova a respeito – de que tenha agido de forma abusiva ou para consciente e injusto prejuízo dos adolescentes. Frise-se que a presunção, "data venia", é de idoneidade dos testemunhos, competindo à defesa a prova, ainda que indiciária, do abuso ou vício na conduta dos agentes da lei, que não foi produzida. É verdade que a prova nem sempre é fácil. Mas não se pode lançar na lama as palavras de agentes públicos sem qualquer indício a respeito, com a nota de que estes, em razão de diligente trabalho de investigação, acabaram efetivamente localizando e apreendendo um dos aparelhos celulares roubados em poder da irmã de M., vindo esta a admitir, na polícia, que o irmão, posteriormente à apreensão, acabou lhe confidenciando que havia, de fato, perpetrado o roubo na companhia de "W.".

E diante desse quadro, o fato é que as retratações ofertadas por **M.** no curso de sua oitiva informal e em juízo, no sentido de que havia confessado falsamente os fatos porque ficou receoso que seus pais pudessem ser presos, vindo, ainda e injustamente, a delatar W. porque com este havia travado antecedente e séria discussão, remanesceram isoladas, não se prestando nem de longe a infirmar a tese exposta na representação. A <u>uma</u> porque o fato é que ele ofertou versões dissonantes no tocante à suposta aquisição do celular, ora dizendo tê-lo comprado de A. pela importância de R$ 25,00, ora afirmando que o adquirira, de "C.", pelo valor de R$ 10,00. A <u>duas</u>, porque M., na via administrativa, foi inquirido na companhia de Conselheiro Tutelar, afirmando este, às claras e sob o contraditório, não ter vislumbrado a ocorrência de quaisquer desvios ou excessos por parte dos agentes públicos quando da colheita daquela prova. A <u>três</u>, porque W., sob o contraditório, peremptoriamente negou tivesse, antecedentemente aos fatos, travado qualquer discussão com M., tudo a evidenciar a mendacidade dos relatos deste jovem que, em juízo, foi seguramente reconhecido pela ofendida T. como um dos autores do roubo, nunca é demais frisar e a <u>quatro</u>, por fim,

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

porque não se pode perder de vista a hipótese versada sobre a oferta de confissão e delação extrajudiciais minudentes e pormenorizadas e que guardam correlação com o remanescente da prova, possíveis de ser proclamadas, portanto, apenas por pessoa que, efetivamente, participou dos fatos narrados.

A procedência da representação, assim e a despeito das alegações defensivas, era mesmo de rigor.

As causas de aumento do ato infracional equiparado a roubo foram bem reconhecidas porque, como já dito, não há dúvida de que os adolescentes praticaram o ato infracional em concurso e mediante o emprego de arma de fogo. De mais a mais, se a palavra da vítima vale para afirmar a autoria do ato infracional, com mais razão vale para comprovar particularidades dele, como o concurso de agentes e o emprego de arma. Ressalte-se, outrossim, que a prova pericial não é indispensável para a proclamação do emprego de arma. Esse entendimento, aliás, está consolidado na Súmula 86 desta E. Corte[1]. O que importa, de resto, é a realidade do uso de arma, afirmada pelos ofendidos, e a potencialidade intimidativa dela, presente no caso.

A aplicação da medida socioeducativa de internação, de resto, foi bem justificada na sentença e é proporcional à gravidade dos fatos, ao desvio social dos menores infratores e, ainda, à evidente e acentuada situação de risco e de vulnerabilidade em que ambos se encontram.

A hipótese é de ato infracional equiparado a roubo duplamente qualificado, delito que traz marcante intranquilidade à sociedade. Destaque-se que os recorrentes, em plena madrugada, previamente concertados e mediante o emprego de arma de fogo, ingressaram no posto de combustíveis, abordaram os clientes G. e V. e anunciaram o assalto, subtraindo destes celulares e dinheiro, vindo ambos, em continuidade, a adentrar na loja de conveniências do estabelecimento, de onde subtraíram a importância aproximada de R$ 800,00 que se encontrava no caixa, o que foi feito após renderem, também, o funcionário M. e a cliente T., ordenando que todos se deitassem no chão. Tais circunstâncias denotam clara periculosidade e ousadia desmedida, e não apenas autorizam, mas impõem maior rigor na resposta do Estado.

Acesso ao Sumário

De outro lado, não se pode perder de vista que os técnicos responsáveis pela elaboração do Relatório de Diagnóstico Polidimensional deixaram assentado que os **fatos referenciais ensejaram a quarta passagem de W. pela Fundação CASA, jovem que ostentava a condição de usuário de maconha desde os dez anos de idade**. Pontou a equipe que ele, afastado dos bancos escolares e ostentando franca identificação com práticas divergentes, aparentemente agia impulsionado por motivação utilitarista, com vistas unicamente à satisfação

1 Em se tratando de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, a ausência de exames e laudos técnicos sobre armas não prejudica o reconhecimento da materialidade do ilícito se outros elementos de prova puderem atestá-la.

de suas necessidades de consumo, o que fazia até porque possuía caráter impulsivo, com parca capacidade reflexiva, apresentando dificuldades para introjetar regras de convívio social. Por fim, a equipe consignou que o jovem, com comportamento instável, destituído de valores morais e críticos frente às suas condutas inadequadas, não descrevia figuras de identificação em seus discursos, demonstrando quadro de autonomia precoce, embora não possuísse preparo em nenhuma esfera do desenvolvimento humano (folhas 200/202), particularidades estas que, devidamente sopesadas, justificam, para além de qualquer dúvida razoável, a imposição da medida socioeducativa de internação. De outro lado, embora não tenha sido juntado aos autos o relatório de avaliação de **M. – que não debutava na prática de atos infracionais, ostentando anteriores passagens pela prática de atos infracionais equiparados a tráfico e roubo, como ele mesmo admitiu** –, não se pode perder de vista que referido jovem, a despeito do conteúdo francamente comprometedor da prova colhida, negou sua participação no ato infracional, tudo a evidenciar, mesmo, **a mais completa ausência de arrependimento e de juízo crítico acerca da grave conduta praticada**, restando assim autorizada a manutenção, também para ele, da medida segregativa. **A aplicação de outra medida socioeducativa, no caso e para ambos, mostrar-se-ia inócua e claramente insuficiente, porque está claro que os recorrentes necessitam, agora, de acompanhamento sistemático diuturno**.

Além disso, o ato infracional praticado pelos apelantes está inserido no rol taxativo do artigo 122, do ECA, cujo inciso I prevê medida de internação quando se tratar de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça.

Neste sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ATO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. ART. 122, INCISO I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Configurada uma das hipóteses elencadas no rol taxativo do art. 122 da Lei nº 8.069/90 é possível a aplicação da medida sócio-educativa de internação. 2. O ato infracional equiparado ao delito de roubo é praticado com violência ou grave ameaça, o que autoriza a aplicação da medida extrema. 3. Ordem denegada” (HC 95352/SP, 6ª Turma, Relª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08/06/2009).

Destaque-se, ainda, que as certidões cartorárias juntadas aos autos, em abono ao esposado no relatório polidimensional, comprovam ter W., no que efetivamente importa, sido apreendido ao menos em outras duas ocasiões anteriores pela prática de atos infracionais equiparados aos crimes de tráfico

Acesso ao Sumário

de entorpecentes e furto majorado, sobrevindo o decreto de procedência das referidas representações com a imposição, a ele, de medidas em meio aberto, encontrando-se as decisões, não se tem dúvida, acobertadas pelo manto da coisa julgada (folhas 118 e 122). E mesmo assim o adolescente voltou a praticar ato infracional, desta vez correlato ao crime de roubo. Desta feita, preenchido também o requisito do artigo 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque nítido que W. reitera no cometimento de infrações graves. Anote-se, quanto a este ponto – é o que se diz apenas para argumentar –, que não é o número de infrações que configurará a reiteração. Neste sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL GRAVE. REITERAÇÃO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CABIMENTO. ORDEM DENEGADA. 1. '1. A disposição inserta no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente não exclui, por óbvio, a substituição da medida de semiliberdade pela de internação, quando esta for a medida compatível com a situação do adolescente e aquela, demonstradamente, insuficiente, como é da letra do artigo 99, combinado com o artigo 113, do mesmo diploma legal. 2. A única exigência legal em casos tais é a de que o ato infracional, em natureza, admita a medida de internação ou haja reiteração no cometimento de outras infrações graves (ECA, artigo 122, incisos I e II). (...)' (HC nº 29.263/SP, da minha Relatoria, in DJ 19/12/2003.) 2. **A referência a 'cometimento de outras infrações graves' nada tem a ver com o número de reiterações em ato infracional, mas, sim, com a natureza igualmente grave de outras infrações**, tema próprio da interpretação analógica *intra legem*, a qual, à luz da letra dos incisos I e II do artigo 122 do ECA, autoriza a afirmação do cabimento da medida de internação, embora não se trate de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, dês que o adolescente renove a prática de ato infracional grave. 3. **O emprego do plural, na espécie, responde à necessidade do afastamento de inarredável interpretação consistente em que o ato reiterado se referisse ao mesmo ato infracional. Nada mais. Reiterar, no vernáculo, significa 'fazer de novo, repetir, reproduzir, renovar', e reiteração, 'ação de reiterar', cujo plural é 'reiterações'**. 4. Ordem denegada" (HC 81.122/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 11.09.2007, DJ 22.10.2007, p. 379 – negrito nosso).

A medida socioeducativa excepcional (internação), portanto, mostra-se adequada e necessária ao processo de reeducação dos menores.

Meu voto, pois, **NEGA PROVIMENTO** aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000046-89.2012.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE TATUAPÉ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.881)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO. Embargos à Execução. Insurgência contra a multa cominatória. Apelo visando, em síntese, o reconhecimento de sua desproporcionalidade e, consequentemente, a redução do montante cobrado. Inadmissibilidade. Valor não excessivo. Possibilidade de aplicação das *astreintes* contra o Poder Público. Sanção pecuniária que surge como providência útil a permitir este tipo de execução por coerção inclusive contra a Fazenda Pública. Entendimento pacificado nos Colendos Tribunais Superiores. Mantido o valor, visto que razoável e proporcional. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Municipalidade de São Paulo contra a r. sentença (fls. 150/154) que julgou parcialmente procedente os embargos à execução, reconhecendo como corretos os honorários advocatícios, conforme cálculo judicial, e improcedentes em relação à execução das *astreintes.*

Pretende, em síntese, sejam julgados procedentes os embargos à execução, para o reconhecimento da desproporcionalidade dos valores cobrados a título de multa diária, modulando-se o valor das *astreintes* para a quantia de R$ 15,00 (quinze reais) à unidade (fls. 157/159).

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

Apresentadas as contrarrazões (fls. 165/169), a r. decisão combatida foi mantida por seus próprios fundamentos (fls. 170/171), advindo, nesta instância, parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 178/181).

É o relatório.

A respeito da discussão travada nestes autos acerca da multa diária em face do Poder Público, é certo que tal sanção pecuniária surge como providência útil a possibilitar este tipo de execução por coerção, haja vista os seguintes precedentes desta Egrégia Câmara Especial:

"*APELAÇÃO CÍVEL. Embargos à execução. Obrigação de fazer. Insurge-se a Municipalidade contra a execução da multa aplicada pelo atraso no cumprimento da tutela antecipada que determinou a inserção de criança em vaga em creche. Atraso injustificado no cumprimento da obrigação. Inexistência de violação ao princípio da congruência. A multa é cabível nos termos do artigo 213, § 2º do ECA, inclusive em sede de tutela antecipada, independentemente de postulação por parte do autor. Valor fixado que já foi reduzido em sede de apelação. Questões de mérito já apreciadas e que transitaram em julgado, de modo que os embargos não se prestam a rediscutir o que foi decidido em conhecimento. Manutenção da sentença. Apelação desprovida*" (Apelação Cível nº 182.286-0/3-00, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 5.10.2009).

"*APELAÇÃO. Reexame Necessário. Execução de multa fixada por acórdão, que confirma sentença a obrigar o Município a matricular crianças em unidade de ensino infantil. Embargos julgados improcedentes. Descumprimento evidenciado pelos documentos constantes dos autos. Cabimento e valor da multa deliberados em sentença e já reconhecidos em segundo grau de jurisdição. Repetição de questões julgadas. Não provimento do recurso e do reexame necessário*" (Apelação Cível nº 167.234.0/7-00, Relª. Desª. Maria Olívia Alves, j. 17.11.2008).

"*CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS 'ASTREINTES' CONTRA O PODER PÚBLICO – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO,*

NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO 'JURA NOVIT CURIA' – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (...) LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS 'ASTREINTES'. – Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A 'astreinte' – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência" (ARE 639337 AgR/SP – São Paulo, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/08/2011).

"*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALEGADA CARÊNCIA DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PRETENSÃO RESISTIDA. <u>FIXAÇÃO DE ASTREINTES EM FACE DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE</u>. CONDENAÇÃO DO ESTADO-MEMBRO EM HONORÁRIOS. DEMANDA PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DAQUELE MESMO ENTE. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. (...) 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que tal instituto é compatível com a ausência de efeitos coercitivos em face de pessoa jurídica de direito público. Precedentes (...) 4. Recurso especial parcialmente provido*" (REsp 678313/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 04/11/2008). (grifei)

No caso, embora tenha ao final havido o cumprimento da ordem judicial, é certo que houve mora no atendimento, ensejando a presente execução por quantia certa em relação à multa. A propósito, como bem anotado pelo Ministério Público, "o afastamento da multa também não se justifica, sob pena de premiar a desídia da municipalidade. Seu pagamento é devido em razão do

Acesso ao Sumário

descumprimento da decisão judicial que a fixou. O valor cobrado é proporcional à inércia do executado e atingiu o patamar hoje cobrado justamente por causa da omissão do Estado, que insistiu em não cumprir a ordem judicial no prazo estipulado" (fl. 168).

No mais, vale destacar trecho do acórdão da relatoria do Desembargador Gentil Leite:

"É inconcebível que um país que possui uma carga tributária das mais onerosas do planeta não tenha dinheiro para aplicar na educação de crianças" (Apelação Cível nº 074.351.0/800, j. 31.05.01, v. u.).

Em relação ao valor arbitrado à multa (cem reais), reputa-se coerente, uma vez que foi observado o princípio da razoabilidade, de modo que não se recomenda sua diminuição, para preservar seu escopo, que é o de assegurar o cumprimento da decisão, tudo em conformidade com o artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, bem como com o 213, § 2º, da Lei nº 8069/90.

Pelo exposto, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004646-08.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante MUNICÍPIO DE SOROCABA, é apelada R.E.G.D. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso oficial e deram parcial provimento ao recurso da Municipalidade apenas para reduzir o valor fixado para a verba honorária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30091)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – EDUCAÇÃO INFANTIL – OBTENÇÃO DE VAGA EM CRECHE MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE – DIREITO INDISPONÍVEL

DA CRIANÇA QUE É ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CUJAS NORMAS SÃO AINDA COMPLEMENTADAS PELO ECA E PELA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL – REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA QUE IMPÕE AO MUNICÍPIO O DEVER DE ATUAR PRIORITARIAMENTE NA EDUCAÇÃO INFANTIL MEDIANTE A OFERTA DE VAGA EM CRECHE – JURISPRUDÊNCIA DO C. STF, DO C. STJ E DESTA CÂMARA ESPECIAL – ATRIBUIÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE ESCOLHER AS UNIDADES ESCOLARES – RESPONSABILIDADE PELO TRANSPORTE GRATUITO DA CRIANÇA EM CASO DE VAGA DISPONIBILIZADA EM ESCOLA DISTANTE MAIS DE 2 KM DE SUA RESIDÊNCIA – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – POSSIBILIDADE – VERBA HONORÁRIA QUE MERECE REDUÇÃO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO OFICIAL IMPROVIDO E RECURSO DA MUNICIPALIDADE PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação e reexame necessário da r. sentença de fls. 67/71, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação de obrigação de fazer ajuizada pela criança, devidamente representada, para o fim de lhe garantir vaga e matrícula em creche ou escola de educação infantil em período integral compatível com sua idade, em unidade próxima de sua residência e preferencialmente no "CEI 72".

A Municipalidade apela às fls. 74/117. Afirma que em nenhum momento ficou demonstrada a negativa da Municipalidade, que prontamente atendeu à determinação judicial para fornecimento da vaga, razão por que há carência de ação. Aduz que a criança já se encontra matriculada e frequentando as aulas, sendo incabíveis a multa diária e os honorários advocatícios. Argumenta que o fornecimento da educação infantil não é obrigatório, e aponta que o Município de Sorocaba é o segundo do interior a oferecer o maior número de vagas em creches e escolas infantis. Acrescenta que qualquer determinação de disponibilidade de vaga ou alteração de regra específica da educação configura intromissão

Acesso ao Sumário

do Poder Judiciário nos poderes administrativos do Executivo. Sustenta que o Município de Sorocaba avançou significativamente com a construção de novas escolas em bairros de periferia tanto para a educação infantil como para o ensino fundamental, tendo inclusive construído uma creche denominada de "vinte e quatro horas". Diz que oferece mais de 7 mil vagas de creche por meio da rede pública, além de cerca de mil vagas por meio de convênios com o setor privado. Afirma ainda a procedência da ação coloca em risco a ordem jurídica, a segurança e a economia públicas, interferindo em política pública municipal lastreada no texto constitucional e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Impugna a cominação de multa diária. Pede também a redução da verba honorária para o valor de R$ 100,00. Ao final, pugna pelo provimento.

Recurso recebido no efeito devolutivo às fls. 119. Contrarrazões às fls. 122/128.

Parecer Ministerial em Primeira Instância às fls. 130/134, pela manutenção da r. sentença. Igualmente, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina, às fls. 138/142, pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

2. De proêmio há que se rejeitar a preliminar de carência de ação, porquanto o sistema jurídico brasileiro não exige o exaurimento da via administrativa como requisito para o ingresso na via judicial, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). Aliás, no caso concreto a Municipalidade de Sorocaba efetivamente contestou a ação (fls. 29/37), inclusive quanto ao mérito, sendo certo que somente efetivou a matrícula da criança em cumprimento à antecipação de tutela deferida (fls. 24).

No mérito, as questões relacionadas ao direito fundamental da criança de obter matrícula em creche e pré-escola mantidas pela Municipalidade já estão absolutamente pacificadas pela jurisprudência pátria.

Com efeito, a educação infantil, prevista como a primeira etapa da educação básica, é direito indisponível assegurado expressamente pela Constituição Federal (art. 208, inciso IV) e pela Lei nº 8.069/1990 (art. 54, IV) e tem por finalidade o desenvolvimento integral da criança, compreendidos os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (art. 29, Lei nº 9.394/1996). Assim é que, em contrapartida, o ordenamento jurídico impõe ao Estado o respectivo dever, cabendo especificamente aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil (art. 211, § 2º, da CF/1988) mediante a oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, da Lei nº 9.394/1996).

Acesso ao Sumário

Não se pode olvidar que a educação é um direito público subjetivo imprescindível ao desenvolvimento do indivíduo, com vistas à formação de sua personalidade e aptidão para o trabalho, bem como ao exercício pleno e consciente da cidadania. Aliás, dada sua inquestionável importância, a Constituição Federal

a proclama como direito social (art. 6º) e ainda lhe reserva capítulo próprio, onde estabelece princípios e garantias mínimos para o seu efetivo exercício, os quais, por sua vez, são complementados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Lembre-se, ainda, que a Constituição, em seu art. 1º, elegeu como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

Acrescenta-se, ainda, o entendimento sumulado desta Corte: "***Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território***".

Tal é o entendimento desta e. Câmara Especial:

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Obrigação de fazer – Pedido de condenação da Municipalidade a construir nova creche ou ampliar a existente para criar 70 novas vagas, atendendo a demanda de crianças de até 6 anos de idade residentes na cidade – Sentença de procedência – Disponibilização de vaga em creche ou escola pública municipal – Direito constitucionalmente assegurado e dever do Município no atendimento da educação infantil pré-escolar (arts. 208, IV e 211, § 2º, da CF) – Norma constitucional, ademais, reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Omissão do Poder Público amplamente comprovada nos autos e no inquérito civil – Garantia ao menor do direito de vaga em creche municipal que não configura indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, mas o exercício de missão constitucional de apreciar violação ou ameaça de violação a direito – Precedentes – Pequena reforma apenas para esclarecer que a obrigação é alternativa, e não cumulativa, como constou na decisão, sob pena de julgamento ultra petita – Recurso parcialmente provido.[1]

Mandado de segurança. Matrícula de menor em creche escola. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, artigo 208, IV). Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, artigo 211, § 2º). Mandado de Segurança concedido. Reexame necessário não provido.[2]

Agravo Interno. Art. 557, § 1º, CPC. Educação infantil. Obtenção de vagas em unidade educacional mantida pela Municipalidade. Direito indisponível da criança que é assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são ainda complementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

---

1 TJSP, **Ap 9284643-70.2008.8.26.0000**, 8ª Câm. Dir. Público, rel. Des. Rubens Rihl, j. 12/09/2013.

2 TJSP, **Reexame necessário 994.09.223891-3**, Câmara Especial, rel. Des. Decano, j. 18/01/2010.

Repartição constitucional de competência que impõe ao Município o dever de atuar prioritariamente na educação infantil mediante a oferta de vaga em unidade educacional. Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Câmara Especial. Recurso que teve seu seguimento negado, por manifestamente improcedente, por decisão monocrática. Possibilidade de decisão monocrática por se tratar de questão sumulada. Agravo Interno não provido.[3]

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Educação infantil. Vaga em creche mantida pela Municipalidade. Direito indisponível das crianças que é assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são ainda complementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Pedido que deve ser específico. Foge ao âmbito do Judiciário o deferimento genérico, sob pena de interferência indevida na Administração Pública. Correto o indeferimento da antecipação de tutela. Decisão mantida. Recurso improvido.[4]

Idêntica a posição da já consolidada jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria em questão:

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1– O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

"É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade."

2– Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das

3 TJSP, **AgRg 0018685-43.2012.8.26.0161/50000**, Câmara Especial, rel. Des. Pres. da Seção de Direito Privado, j. 02/12/2013.

4 TJSP, **AgIn 0100044-13.2012.8.26.0000**, Câmara Especial, rel. Des. Pres. da Seção de Direito Privado, j. 22/10/2012.

Acesso ao Sumário

possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, **in casu, *o Estado.***

3– Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4– A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5– Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6– Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7– As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda

Acesso ao Sumário

direitos senão promessas de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.*

8– Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9– Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. *Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.*

10– O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11– O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu *do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.*

12– Recurso especial provido.[5] (sem grifos no original)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram

5 STJ, **REsp 575.280/SP**, 1ª T., rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 02/09/2004, *DJ* 25/10/2004.

Acesso ao Sumário

o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a freqüência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. "Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo" (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

4. A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.

5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.

6. Recurso especial provido.[6] (sem grifos no original)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇAS EM CRECHE MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC. PRECEDENTES DO STJ.

(...)

3. O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas.

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

---

6 STJ, **REsp 510.598/SP**, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/04/2007, *DJe* 13/02/2008. **No mesmo sentido**: **REsp 577.573/SP**, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/04/2007, *DJe* 06/11/2008.

4. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe ao recorrente provar a suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC. Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial não provido.[7] (sem grifos no original)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇAS EM CRECHE MUNICIPAL. DIREITO RESGUARDADO PELO ECA E PELA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO.

1. O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Precedentes do STJ e do STF.

2. Agravo Regimental não provido.[8] (sem grifos no original)

O posicionamento do c. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria não é diferente e, por sinal, já vem sendo adotado há cerca de dez anos, conforme se pode verificar na sua jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. ***1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.*** *3. Agravo regimental improvido.*[9] (sem grifos no original)

CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. – ***Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela***

---

7 STJ, **REsp 474.361/SP**, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 06/06/2009, *DJe* 21/08/2009.

8 STJ, **AgRg no REsp 1.198.737/RS**, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/11/2010, *DJe* 02/02/2011.

9 STF, **RE 464.143 AgR**, 2ª T., rel. Min. Ellen Gracie Northfleet, j. 15/12/2009, *DJe* 19/02/2010.

Acesso ao Sumário

<u>administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário</u>. *II. – Agravo não provido.*[10] (sem grifos no original)

Fica evidente, portanto, que a jurisprudência sobre o tema, seja no Tribunal de Justiça bandeirante, ou nos Tribunais Superiores, é majoritariamente inclinada no exato sentido impresso na r. sentença ora vergastada, restando claro, portanto, o reconhecimento, pelos Tribunais, do direito das crianças interessadas e o correspondente dever da Municipalidade de possibilitar o exercício pleno do direito fundamental à educação, mediante matrícula em creche mantida pelo Poder Público municipal.

Tal reconhecimento, ao contrário do afirmado e reafirmado incessantemente pelo Poder Público nas inúmeras ações – individuais ou coletivas – que versam exatamente sobre o mesmo tema, não deriva de qualquer tentativa de ingerência do Poder Judiciário sobre a autonomia administrativa, não configurando qualquer atentado contra o princípio da separação dos poderes.

Imperioso apontar, a princípio, que, embora a d. Procuradoria do Município discorde, a r. sentença *a quo* não violou o princípio da separação dos poderes, a uma porque princípio igualmente relevante a nortear o Estado Democrático de Direito brasileiro é o da inafastabilidade do controle jurisdicional. E, se o art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal, prevê a separação dos Poderes como cláusula pétrea, o inciso IV prevê a intangibilidade dos direitos e garantias individuais, insculpidos parcialmente no art. 5º da Carta Magna. Um desses direitos, garantido pelo inciso XXXV do referido dispositivo, determina que "***a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito***".

Vale lembrar, nesse passo, que ao cidadão é dado fazer tudo quanto queira, exceto o que a Lei proíbe. Ao Poder Público, pelo contrário, tudo é proibido, salvo o que a Lei permite. Portanto, em que pese o entendimento contrário da d. Procuradoria Municipal, discricionariedade administrativa não significa arbitrariedade administrativa. Ao Poder Público não é dado, sob o pretexto de gerenciar políticas públicas, e albergado pela liberdade discricionária que a Lei lhe confere, violar o direito do cidadão.

Nos dizeres de Bandeira de Mello, "***ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. <u>Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente</u>***"[11] (sem grifos no original).

A discricionariedade administrativa existe porque, estando o Poder Público adstrito ao que a Lei lhe permite fazer, e sendo impossível que a Lei preveja todas as situações concretas que demandam a ação do agente administrativo,

10 STF, **RE 463.210 AgR**, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, *DJe* 03/02/2006.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 401.

Jurisprudência - Câmara Especial

se lhe atribuem critérios extrajurídicos, de conveniência e oportunidade, não previstos em Lei, mas que obviamente não podem a ela ser contrários.

Ocorre que, via de regra, os Municípios, buscando abrigar-se sob a inefável proteção da discricionariedade administrativa, deixam de atender a um comando expresso da Constituição e de leis ordinárias. E, ao fazê-lo, por mais que argumentem em sentido contrário, estão apenas pretensamente protegidos pela discricionariedade administrativa, traduzida nos etéreos conceitos de oportunidade e conveniência, que a maioria dos chefes do Executivo julgam atribuir-lhes a opção de contrariar até mesmo aqueles valores que a própria Constituição da República consagrou na forma de direitos e de garantias individuais.

Vale apontar que a ora apelante, ao recorrer sob os argumentos de que já aplica na educação infantil o percentual a que é obrigada por lei, nada mais faz do que alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito que a sentença reconheceu às crianças beneficiadas pela ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Alegou, sem qualquer comprovação, aliás, sem sequer suscitar que poderia provar o alegado.

As razões recursais do Município questionam: "*e dos restantes dos deveres do Município, qual é o menos importante para ser relegado a segundo plano?*". Não existe resposta a essa pergunta, porque não há hierarquia entre os deveres constitucionais do Município. Se a Administração irá priorizar um em detrimento de outro, essa é questão que compete unicamente à Administração, que deverá prestar contas das suas escolhas administrativas – e da eficiência de tais escolhas – ao cidadão-eleitor.

Nada obsta, conforme restou amplamente demonstrado através da jurisprudência deste Tribunal, bem como do STJ e do STF, que o Poder Judiciário interfira para obstar a violação de direitos individuais, sempre que seja devidamente acionado para tanto, observado o princípio da inércia da jurisdição.

Observe-se que a legislação não confere aos pais a escolha do local, nem impõe que a escola seja a mais próxima possível, dentre aquelas localizadas perto da residência da criança. A propósito, o art. 53, V, da Lei nº 8069/90 assegura à criança e ao adolescente o "*acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência*", com o intuito de evitar as dificuldades e os percalços criados pela distância e acaba por garantir o efetivo acesso do educando à escola.

Acesso ao Sumário

Nesse aspecto, tem-se adotado a distância de 2,0 km como critério de razoabilidade, exceto nos casos em que configurada alguma necessidade especial, que não é o caso. Neste sentido, é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

"***Mandado de Segurança. Objeto. Garantia de vaga em escola próxima***

à residência. Sentença que extinguiu a ação por falta de interesse processual. Matrícula realizada em escola que dista 1.400 metros da residência do menor. Parâmetro não previsto em lei em cuja definição deve ser considerado o princípio da razoabilidade. Ausência de ofensa ao direito à educação. Acesso ao equipamento educacional garantido próximo da residência do menor. Recurso não provido" (Câmara Especial, Apelação nº 0005393-58.2011.8.26.0053, rel. Des. Vice-Presidente, j. 27.08.2012).

"*Apelação. Ação de obrigação de fazer – Pedido de transferência para estabelecimento educacional específico, local onde está matriculado o irmão do apelante – Sentença que indeferiu a petição inicial por falta de interesse de agir – Criança já matriculada em estabelecimento próximo de sua residência – Escolha de estabelecimento educacional específico, por conveniência de seus genitores – Impossibilidade – Requisito da proximidade satisfeito – Distância inferior a 2 km entre a residência e a unidade escolar – Inteligência do artigo 3º da Portaria Municipal 5.596/2011, em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases – Ausência de interesse de agir – Negado provimento ao recurso, com determinação para que se corrija erro material no relatório da r. sentença, na qual deverá constar o nome correto do autor, ora apelante*" (Câmara Especial, Apelação nº 0012329-49.2011.8.26.0005, relª. Desª. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 18.06.2012).

"*MENOR – Creche – Municipalidade oferece vaga distante da casa da menor um quilômetro – Insistência desta última de percepção de vaga em unidade mais próxima ainda, distante trezentos metros de sua residência – Menor cujos pais recusam por escrito a vaga na creche situada a um quilômetro de distância – Conduta dos genitores relevante para afastar o direito líquido e certo – Ausência de explicação concreta acerca dos motivos que impediriam o caminhar de setecentos metros mais para inserir a criança na creche – Leitura do art. 4º, X da Lei 9.394/96, com redação dada pela Lei 11.700/2008, sob a perspectiva da razoabilidade – Inexistência do que seria negação do serviço pela mínima e irrelevante diferença de distâncias – Municipalidade que representa o interesse público e deve ser interpretada como protetora do Erário – Inexistência de direito líquido e certo a escola ou creche certa – Recurso desprovido*" (Câmara Especial, Apelação nº 0008152-42.2011.8.26.0005, rel. Des. Roberto Solimene, j. 11.06.2012).

"**Recursos de APELAÇÃO CÍVEL e REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA. Matrícula e permanência em escola de educação infantil. Direito da Criança. Garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal. Violação ao princípio da**

Acesso ao Sumário

separação dos poderes. Inocorrência. Alegação de insuficiência de vagas. Impossibilidade. Dever do ente Municipal de assegurar ingresso imediato e permanência do impetrante em estabelecimento de ensino próximo à sua residência. Norma de eficácia plena. Escolha de equipamento escolar e de horário para frequência às aulas. Impossibilidade. Distância entre a unidade de ensino designada pelo Município e a residência do impetrante que atende às suas necessidades e interesses. Sentença mantida. Recursos voluntários e reexame necessário improvidos. (...) Como bem asseverou a nobre Julgadora (fls. 61): O impetrante foi matriculado no período vespertino (fl. 50), do que discordou o impetrante (fls. 36vº). Contudo, observo que os direitos assegurados pela CF e pelo ECA não abrangem a escolha do período de estudo, de forma que a matrícula do menor no período vespertino implica cumprimento da liminar. (...)" (Câmara Especial, Apelação nº 0003587-29.2011.8.26.0007, rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. 07.05.2012).

Assim, registra-se que compete ao ente público (e não aos pais nem à criança) escolher a escola em que providenciará a vaga à interessada, segundo a sua discricionariedade, mas desde já ficando responsabilizado pelo transporte gratuito da criança se acaso a escolha da vaga se der em unidade distante mais de 2 km de sua residência.

A respeito da multa diária pelo descumprimento da obrigação, a possibilidade de sua fixação como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública é pacífica, como revela o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça: "***ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento contra decisão do juízo de primeira instância que estipulou multa diária no valor de R$ 500,00, caso a União descumpra obrigação de fazer a que foi condenada. 2. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária – astreintes – como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entrega de coisa. Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental não provido***"[12].

E, o valor cominado (R$ 100,00 por dia), por se mostrar adequado ao caso concreto, não comporta reparo. Observe-se ainda que tal quantia poderá ser reavaliada pelo Juízo da Execução, em virtude do disposto pelo art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, e que reverterá ao fundo gerido pelo Conselho dos

Acesso ao Sumário

12 – STJ, **AgRg no Ag 1352318/RJ**, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2010/0168097-8, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 17/02/2011, DJe 25/02/2011.

Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214, ECA).

Por outro lado, **o valor arbitrado a título de honorários merece redução para R$ 600,00 (seiscentos reais)**, em respeito aos critérios elencados no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso oficial e dá-se parcial provimento ao recurso da Municipalidade apenas para reduzir o valor fixado para a verba honorária**.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0021821-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO IPIRANGA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar a ação o MM. Juízo Suscitado. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.314)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e PINHEIRO FRANCO (Presidente da Seção de Direito Criminal), vencido.

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação de execução fundada em título extrajudicial – Contrato de locação – Executados com domicílio na Comarca de São Bernardo do Campo – Foro de eleição da Comarca da Capital – Um dos exequentes

Acesso ao Sumário

com domicílio no Foro Regional do Ipiranga, onde distribuído o feito – Remessa determinada, de ofício, para o Foro Regional do Jabaquara, local onde se situa o imóvel – Rol taxativo do artigo 58, inciso II da Lei nº 8.245/91 que não inclui ação de execução fundada em contrato de locação – Competência entre foros regionais é relativa não pode ser declinada de ofício – Competência absoluta afastada.

Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara em face do Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga, nos autos de ação de execução por título extrajudicial (contrato de locação), ajuizada por Ronaldo Soares da Silva e outros em face de Oxigênio Desenvolvimento de Políticas Públicas e Sociais e outros, sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência, uma vez que não se aplica a regra do foro da situação do imóvel.

Foi designado o Juízo Suscitante para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 20/21).

Ministério Público (fl. 30/31).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Assiste razão ao MM. Juiz Suscitante.

In casu, não se aplica as disposições do artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.245/91, que se destinam exclusivamente as ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisional de aluguel e renovatória de locação.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido: "**Ementa: Competência. Locação de imóvel. Execução de título extrajudicial. Embargos à execução. Ajuizamento do processo de execução no Foro Central da Comarca da Capital. Pretensão para que seja declinada competência para local da situação do imóvel, sob a jurisdição do Foro Regional do Butantã. Inadmissibilidade. Hipótese que não se enquadra no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.245/91. Competência determinada pelo domicílio do executado. Artigo 94 do Código Civil. Recurso improvido. Nos termos do artigo 94, do Estatuto Processual, em se tratando de execução de título extrajudicial fundada em contrato de locação, a competência de foro**

é determinada pelo domicílio do executado, sendo inaplicável à hipótese o disposto no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.245/91".

Adotada tal premissa, temos que, em se tratando de execução de título extrajudicial, não tem incidência a regra de competência absoluta prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.245/91, não se justificando a remessa dos autos ao foro da situação do imóvel, vale dizer, ao Foro Regional do Jabaquara.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o juízo suscitado, qual seja o Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0058197-60.2014.8.26.0000, da Comarca de Várzea Paulista, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE VÁRZEA PAULISTA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE OSASCO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.863)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 2 de fevereiro de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação revisional de cláusulas de contrato de financiamento c.c. repetição de indébito c.c. indenização por danos materiais, ajuizada por empresa em face do Banco Bradesco S/A – Remessa dos autos pelo Juízo da 2ª Vara Cível de Osasco para o Juízo da 1ª Vara Cível de Várzea Paulista, local em que reside o autor – Inadmissibilidade, vez que se trata de competência relativa – Outrossim, a hipótese é de relação de consumo – Inteligência das Súmulas nºs 33 do Superior Tribunal de Justiça e 77 desta Corte – Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo

Acesso ao Sumário

suscitado.

VOTO

"*Riali Alberto de Jesus Nogueira*", empresa representada pelo senhor Riali Alberto de Jesus Nogueira, domiciliado em Várzea Paulista, ajuizou ação revisional de cláusulas de contrato de financiamento c.c. repetição de indébito em face do Banco Bradesco S/A perante a 2ª Vara Cível de Osasco, tendo este Juízo determinado a remessa dos autos para a 1ª Vara Cível de Várzea Paulista, levando em conta o domicílio do consumidor (fl. 8).

O Juízo da 1ª Vara Cível de Várzea Paulista, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo de competência. Entendeu, em suma, que, por se tratar de competência relativa, não poderia o juízo suscitado declinar de sua competência, devendo incidir na espécie, portanto, a Súmula nº 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e a Súmula nº 77 desta Egrégia Corte Bandeirante (fls. 1/3).

Designado o Juízo suscitado para apreciar as medidas urgentes (fl. 25), manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pela competência desse para o processamento da ação (fls. 29/35).

É o relatório.

Desde logo, ressalte-se que a questão ora em debate já se encontra pacificada nesta Colenda Câmara Especial com a prolação de reiteradas decisões no sentido de que, em se tratando de competência territorial e, portanto, relativa, em regra, é defeso ao magistrado declinar de sua competência, de ofício, por força do disposto nos artigos 112 e 114, ambos do Código de Processo Civil.

A propósito, esse é o entendimento firmado também pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, cuja Súmula nº 33 é clara ao estabelecer que: "*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*".

Nesse sentido tem se posicionado esta Egrégia Câmara Especial:

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória cumulada com revisão contratual – Foro do domicílio do réu – Possibilidade – Incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor – Súmulas nº 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e 77 do Colendo Órgão Especial – Inteligência, ademais, do artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor – Conflito acolhido – Competência do Juízo suscitado*" (Conflito de Competência nº 0281362-60.2011.8.26.0000; Rel. Des. Gonzaga Franceschini).

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação e fazer c/c com indenização por danos materiais e morais. Ajuizamento da demanda perante o foro do domicílio do autor. Previsão normativa que faculta ao consumidor a escolha entre o foro de seu domicílio e o do*

Acesso ao Sumário

domicílio do réu. Declinação de ofício pelo Magistrado. Impossibilidade. Incidência da Súmula nº 77 deste E. TJ/SP. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado" (Conflito de Competência nº 0021165-21.2014.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Dias Motta, j. em 21.7.2014).

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de relação de consumo. Propositura da ação no domicílio da sede da ré. Possibilidade. Aplicação do art. 101, I, do CDC, bem como da Súmula 77 desta Colenda Câmara Especial. Hipótese em que não se admite a declinação ex officio da competência, em razão de sua natureza relativa. Inteligência da Súmula 33 do STJ. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo Suscitado*" (Conflito de Competência nº 0098876-39.2013.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. em 11.11.2013).

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação movida por consumidor. Opção de demandar no foro de seu domicílio ou no do réu. Súmula 77, do TJSP. Conflito conhecido. Competência do suscitado*" (Conflito de Competência nº 0014609-37.2013.8.26.0000, Rel. Des Antonio Carlos Tristão Ribeiro, Câmara Especial, j. 10.6.2013).

A matéria, inclusive, já está sumulada por esta Câmara Especial:

"*Súmula 77. A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, do CDC) ou no domicílio do réu (art. 94, CPC), de sorte que não se admite qualquer declinação de competência de ofício em qualquer dos casos*".

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Osasco, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0075754-60.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 43ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito negativo de competência, para declarar competente para conhecer e julgar o pedido, o MM. Juiz de Direito da 43ª Vara Cível do Foro Central da comarca da Capital, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 10699)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Execução de título extrajudicial. Réu domiciliado em comarca distinta. Cláusula contratual de eleição de foro da comarca da Capital. Fixação da competência do Foro Regional em cuja área está domiciliado o autor. Ausência de previsão legal. Competência residual do Foro Central. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santana em face do MM. Juiz de Direito da 43ª Vara Cível da comarca de São Paulo, nos autos de execução de título extrajudicial movida por TOTVS S/A em face de TIME CARD'S COMÉRCIO E SERVIÇOS EM RELÓGIOS DE PONTO LTDA. – ME, Gilberto Luiz Ferreira e Mara Geny Ramos Marinho Ferreira.

Foi designado para conhecer e apreciar eventuais medidas urgentes o Juízo suscitado (fls. 12).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o Juízo suscitado (fls. 16/17).

É o relatório.

O presente conflito é de ser conhecido, porquanto nenhum dos Juízos admite ter competência para conhecer e julgar a ação.

Consta dos autos que TOTVS S/A, empresa com domicílio nesta Capital, ajuizou execução de título extrajudicial em face de TIME CARD'S COMÉRCIO E SERVIÇOS EM RELÓGIOS DE PONTO LTDA. – ME, Gilberto Luiz Ferreira e Mara Geny Ramos Marinho Ferreira, com domicílio na comarca de São José dos Campos.

Tendo o feito sido distribuído à 43ª Vara Cível do Foro Central Cível, este declinou da competência e determinou a redistribuição dos autos à Vara Cível do Foro Regional de Santana, em razão da sede da exequente (fls. 08).

Acesso ao Sumário

Recebidos os autos, o MM. Juiz da 6ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana (fls. 09 e fls. 02/03) entendeu indevida a remessa, sob o fundamento de que o autor possui domicílio situado na circunscrição do Foro Regional, sendo certo que a requerida não tem domicílio na comarca, razão pela qual também se declarou incompetente.

Ressalvado e respeitado entendimento em sentido diverso, a competência para conhecer e julgar o pedido é do Juízo suscitado.

Com efeito, em que pese a regra geral determinando a propositura da ação no domicílio do réu, trata-se de hipótese em que este se situa em diferente comarca, sendo certo que há cláusula contratual de eleição do Foro da comarca da Capital (fls. 64 do autos 1074329-69.2014.8.26.0100).

Inexiste fundamento legal à remessa ao foro de domicílio do autor, tratando-se, portanto, de competência residual do Foro Central da Capital.

Nesse sentido, seguem precedentes desta Egrégia Câmara Especial:

> "*Conflito negativo de competência. Ação de obrigação de fazer fundada em contrato de cessão de cotas de sociedade. Cláusula de eleição de foro a indicar o foro da Comarca da Capital para solução de conflitos. Ação ajuizada no foro Central da Capital. Divisão administrativa da Comarca da Capital em Foro Central e Foros Regionais que impõe estabelecer o juízo competente dentro da Comarca da Capital. Aplicação do art. 94 do Código de Processo Civil. Réus domiciliados em outras Comarcas. Competência residual do Foro Central. Impossibilidade de utilização do domicílio do autor para estabelecer a competência na Comarca da Capital por ausência de previsão legal. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo do Foro Central da Comarca da Capital, para quem foi distribuída a ação inicialmente.*" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0231855-33.2011.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 5.12.11).

> "*Conflito Negativo de Competência – Varas Cíveis de Foro Regional e Foro Central – Execução de Título Extrajudicial – Cláusula de eleição do foro da comarca da Capital – Requeridos domiciliados em Comarca diversa – Impossibilidade de fixação da competência em Foro Regional, ainda que domicílio do autor – Ausência de critério legal – Competência residual do Foro Central (artigos 53 e 54 da Resolução nº 02/76 deste Tribunal) – Conflito julgado procedente, para reconhecer a competência da Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital.*" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0206067-46.2013.8.26.0000, Relª. Desª. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 14.04.2014).

Diante do exposto, **julgo procedente** o conflito negativo de competência, para **declarar competente para conhecer e julgar o pedido, o MM. Juiz de Direito da 43ª Vara Cível do Foro Central da comarca da Capital**, ora suscitado.

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0080106-61.2014.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ITATIBA, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE ITATIBA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam a competência do Juízo suscitado, da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Itatiba, para processar e julgar a causa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.966)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de competência. Ação ajuizada por servidor contra a Fazenda Estadual. Pretensão de recebimento de diferenças referentes à conversão de moeda em URV, por ocasião do Plano Real. Matéria que não tem natureza previdenciária de competência delegada. Apenas aquelas ações elencadas no art. 109 da Constituição Federal, em comarca onde não há vara da Justiça Federal, não tramitam pelo Juizado Especial. Desnecessidade de perícia contábil complexa. Cálculos matemáticos que se resolverão de acordo com o art. 22 da Lei 8.880/84 e com o Recurso Especial nº 1.101.726 que, em sede de recurso repetitivo, traçou diretrizes para a interpretação da matéria em litígio. Valor da causa que encontra respaldo na Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública para o feito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Meritíssimo Juiz da 1ª Vara Cível de Itatiba em face de decisão proferida pela Meritíssima Juíza da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Itatiba, que determinou a redistribuição da ação de rito ordinário proposta por Airton Rosas contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo visando ao recálculo de seus vencimentos e diferenças salariais decorrentes da implementação do Plano Real, no período de março a julho de 1994.

Sustenta a suscitante que a lide é de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, por não versar sobre matéria previdenciária de competência delegada e prescindir de prova pericial (folhas 2/3).

Foi designado o Juízo suscitante para dirimir questões urgentes (folhas 151/152).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento do conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo suscitado (fls. 31/32).

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência nos termos do art. 115, inciso II, do Código de Processo Civil.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

O entendimento atual desta Colenda Câmara é no sentido de que apenas as ações previdenciárias de competência delegada estão excluídas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Assim, somente aquelas ações elencadas no art. 109 da Constituição Federal, em comarca onde não há vara da Justiça Federal, não tramitam pelo Juizado Especial, o que não é o caso dos autos.

Confira-se:

Conflito Negativo de Competência. Ação que visa o recebimento do abono salarial – Não incidência dos Provimentos nº 1.768/10 e 1.769/10 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura – Exclusão da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública que se limita às matérias previdenciárias previstas no artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal – Objeto da demanda que não se enquadra na competência delegada da Justiça Estadual para apreciação de causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos – Desnecessidade de produção de prova pericial complexa – Suficiência de meros cálculos aritméticos – Impossibilidade de remessa à Vara Cível – Competência absoluta do Juizado Especial Cível. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado (Conflito de Competência nº 0034670-79.2014.8.26.0000, Rel. Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público).

E a despeito de não haver sido formulado pedido líquido, pondero que

Acesso ao Sumário

a lide prescinde de perícia complexa. Os cálculos aritméticos necessários deverão se dar de acordo com as disposições do art. 22 da Lei 8.880/84 e com o precedente do C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.101.726, em sede de recurso repetitivo, traçou as diretrizes para a interpretação da matéria.

Nesse sentido:

Conflito negativo de competência – ação de cobrança – diferenças decorrentes da conversão de vencimentos em URV – inexigência de prova pericial complexa – necessidade de meros cálculos aritméticos – possibilidade de tramitação em juizados especiais – precedentes desta Câmara Especial – conflito procedente – competência do juízo suscitado, especial cível e criminal. (Conflito de Competência nº 0023020-35.2014.8.26.0000, Relator Des. Eros Piceli, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça).

Portanto, e considerando que o valor da causa encontra-se de acordo com o valor de alçada do Juizado Especial da Fazenda, cuja competência é absoluta (art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009), cabe à suscitada processar a ação em questão.

Pelo exposto, voto pela procedência do conflito, declarando a competência do Juízo suscitado, da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Itatiba, para processar e julgar a causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0027843-52.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE LIMEIRA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram procedente o conflito. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4527)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Cumprimento individual de

sentença. Título judicial oriundo de ação civil pública sobre expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Propositura na comarca do domicílio da consumidora. Declinação de competência e remessa dos autos ao MM. Juízo que julgou a ACP, que suscitou conflito negativo de competência. Temática pacificada pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. A sentença proferida em ação civil pública produz efeitos *erga omnes* para além dos limites da competência territorial do órgão julgador, levando-se em conta a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em Juízo. Conflito procedente, para declarar competente o MM. Juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos da ação de cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública sobre expurgos inflacionários em caderneta de poupança, alegando ser competente para a apreciação da demanda o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Limeira, foro do domicílio da consumidora (fls. 02/05).

O MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Limeira declinou de sua competência, alegando finalidade de evitar atos que impossibilitassem a rápida solução do litígio, e determinou a remessa dos autos ao MM. Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, prolator da sentença na ACP (fls. 30).

Foi designado o MM. Juízo suscitado para as medidas emergenciais (fls. 21/22).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito para declarar a competência do MM. Juízo suscitado (fls. 35/36).

É o relatório.

Decido:

Depreende-se dos autos que Maria de Oliveira Lima, residente e domiciliada na Comarca de Limeira, propôs em face do Banco do Brasil S/A, naquela localidade, ação de cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública sobre expurgos inflacionários em caderneta de poupança (fls. 06/17).

O conflito é procedente, porque ambos os magistrados consideram-se incompetentes para conhecer da lide.

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

A competência para apreciar a causa é do MM. Juízo de Direito suscitado, da 4ª Vara Cível de Limeira.

Isso porque a Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.243.887-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, analisando a questão da competência territorial para julgar a execução individual do título judicial em ação civil pública, decidiu que a sentença proferida em ação civil pública produz efeitos *erga omnes* para além dos limites da competência territorial do órgão julgador, levando-se em conta a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em Juízo. O referido acórdão restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

O julgamento da Corte Especial do STJ corrobora a jurisprudência daquele Sodalício que há tempos sufraga do mesmo entendimento: **1)** REsp 1.098.242/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 28/10/2010; **2)** REsp 1.122.292/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda

Acesso ao Sumário

Turma, julgado em 21/9/2010, DJe 4/10/2010; **3)** CC 96.682/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 10/02/2010, DJe 23/03/2010; **4)** AgRg no Ag 633.994/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 24/06/2010; **5)** AgRg no REsp 755.429/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 18/12/2009); **6)** REsp 411.529/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/06/2008, DJe 05/08/2008; **7)** REsp 557646/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/04/2004, DJ 30/06/2004, p. 314.

Nesta E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o entendimento não destoa:

> **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA**. Ação com escopo de liquidação de sentença proferida em demanda coletiva. Interpretação dos artigos 98, § 2º, I, e 101, I, ambos da Lei 8.078/1990 que deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Faculdade processual a facilitar a defesa dos interesses dos havidos como partes hipossuficientes na relação de consumo. Possibilidade da propositura dessa ação no foro afeto ao domicílio do autor ou, ainda, do réu. Outrossim, competência que é de natureza relativa e, portanto, não pode ser declinada de ofício. Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça que é de consideração. Conflito julgado procedente. Competência do MM. Juiz suscitado.
>
> (Conflito de Competência nº. 0052422-69.2011.8.26.0000; Relator: Encinas Manfré; Órgão julgador: Câmara Especial/TJSP; j. 01/08/2011)

Em suma, pode a consumidora ajuizar a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública no foro do seu próprio domicílio, e não se há falar em limites territoriais da coisa julgada.

Ante o exposto, julgo **procedente o conflito** e declaro competente o MM. Juízo suscitado (4ª Vara Cível de Limeira).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0066083-13.2014.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ASSIS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE ASSIS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.923)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: "Conflito Negativo de Competência – Ação em que figura como parte a Fazenda Pública – Valor da causa não superior a 60 (sessenta) salários mínimos – Comarca do interior na qual não há Vara da Fazenda Pública e nem Juizado Especial da Fazenda Pública – Hipótese de demanda individual em que a questão se resolve com meros cálculos aritméticos – Desnecessidade de realização de prova pericial de alta complexidade – Competência da Vara do Juizado Especial com competência cível ou cumulativa – Interpretação da Lei nº 12.253/09 e do Provimento CSM nº 1.768/10 – Competência do Juízo Suscitado".

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Assis, nos autos da ação ordinária ajuizada por Ilza de Souza Moreth, servidora pública estadual, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, visando ao cálculo de seus quinquênios sobre seus vencimentos integrais e, consequentemente, à quantia decorrente, além dos valores relativos aos últimos cinco anos.

O MMº Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível declarou-se incompetente para a referida ação ordinária, sob o fundamento de que as ações previdenciárias estão excluídas da competência dos Juizados Especiais, lembrando que a autora é funcionária inativa (fl. 7).

O MMº Juiz de Direito da 1ª Vara Cível houve por bem, também, declinar de sua competência, sustentando, em suma, que o caso versa sobre a base de cálculo para os adicionais por tempo de serviço, não tratando de temas previdenciários e, tampouco, se fazendo necessária perícia complexa, bastando meros cálculos aritméticos para a liquidação (fls. 2/6).

Designou-se o Juízo Suscitante para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 22).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do

Acesso ao Sumário

conflito, com o reconhecimento da competência do Juízo Suscitado (fls. 26/28).

É o relatório.

Está configurado, no caso em testilha, o conflito negativo de competência, porquanto ambos os juízos se declaram incompetentes para processar e julgar a demanda, nos termos previstos no artigo 115, II, do Código de Processo Civil.

O escopo da Lei nº 12.153/09 foi facilitar o acesso à Justiça e a célere tramitação das "*causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos*", conforme se infere do disposto no seu artigo 2º, *caput*.

Aludido Diploma Legal em seu artigo 5º admite como autores nos Juizados Fazendários, pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte, e como rés as pessoas jurídicas de direito público, bem como suas autarquias, fundações e empresas públicas.

Dispõe, outrossim, que "*no foro onde estiver instalado o Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta*" (art. 2º, § 4º).

Por outro lado, o artigo 2º do Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura, preceitua expressamente que "*ficam designadas em caráter exclusivo para o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei 12.153/09 as seguintes unidades judiciárias: I – na Comarca da Capital, as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública; II – nas Comarcas do interior, enquanto não instalados os Juizados Especiais da Fazenda Pública: a) as Varas da Fazenda Pública onde instaladas; b) as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada; c) os Anexos de Juizado Especial, nas Comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para julgamento*" (grifo nosso).

Considerando que, no caso em tela, a Comarca não dispõe de Vara da Fazenda Pública e nem de Juizado Especial da Fazenda Pública, emerge patente a competência exclusiva e absoluta da Vara do Juizado Especial Cível, *ex vi* do disposto no § 4º do artigo 2º da Lei nº 12.153/09 c.c. artigo 2º do Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura.

Na hipótese em análise, cabe consignar, a demanda é individual e versa sobre assunto que se resolve com meros cálculos aritméticos, não se verificando a necessidade de realização de prova técnica de alta complexidade a afastar a competência do Juizado Especial.

Aliás, em casos idênticos já se pronunciou esta Câmara Especial:

"***Conflito de competência. A competência, de natureza absoluta, para conhecer e decidir ações de interesse de entes políticos é dos Juizados Especiais Cíveis, onde não houver Juizado ou Vara da Fazenda Pública, nos termos do art. 2º, I, 'b', do Provimento nº 1.768/10 do***

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

Conselho Superior da Magistratura. Pretensão ao reconhecimento da Gratificação por Atividade de Magistério (GAM) como aumento de vencimentos e, por consequência, à sua inclusão na base de cálculo dos adicionais temporais (quinquênios e sexta-parte), com a incorporação da diferença nos proventos e pagamento das parcelas vencidas, além dos consectários legais. Restrição da competência material dos Juizados da Fazenda Pública pelo Provimento CSM nº 1.769, de 22.06.2010 limitada às ações de competência delegada previstas pelo art. 109, § 3º, da Constituição Federal, hipótese não ocorrente na espécie. Ausência, ademais, de matéria fática complexa. Estudo ou exame técnico, se necessário, compatível com o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais, nos moldes do art. 35 da Lei nº 9.099/95, aplicável, subsidiariamente, por conta do art. 27 da Lei nº 12.153/09. Competência do Juízo suscitado" (TJSP, CC nº 0025419-37.2014.8.26.0000, Rel. AIRTON PINHEIRO DE CASTRO, j. em 29.9.2014, v.u.).

"***Conflito Negativo de Competência. Ação que visa ao recebimento de diferenças relativas a adicionais por tempo de serviço e sexta-parte. Não incidência dos Provimentos nº 1.768/10 e 1.769/10 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura. Exclusão da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública que se limita às matérias previdenciárias previstas no artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Objeto da demanda que não se enquadra na competência delegada da Justiça Estadual para apreciação de causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal.***

Valor da causa inferior a 60 salários mínimos. Desnecessidade de produção de prova pericial complexa. Suficiência de meros cálculos aritméticos. Impossibilidade de remessa à Vara Cível. Competência absoluta do Juizado Especial Cível. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado" (TJSP, CC nº 0041852-19.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, Pres. Seção Direito Público, j. em 29.9.2014, v.u.)

"***Conflito de Competência. Ação ordinária ajuizada por funcionário público inativo em face da Fazenda do Estado de São Paulo. Remessa ao Juizado Especial Cível por se tratar de matéria de direito e simples cálculos aritméticos. Possibilidade. Não incidência dos Provimentos nº 1.768/10 e 1.769/10 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura. Exclusão da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública que se limita à matéria previdenciária prevista no artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Desnecessidade de prova pericial complexa. Suficiência de meros cálculos aritméticos. Precedentes desta Câmara Especial. Conflito procedente. Competência da Vara do Juizado Especial***

Acesso ao Sumário

Cível da Comarca de Assis" (TJSP, CC nº 0023583-29.2014.8.26.0000, Rel. Des. Eros Piceli, Vice-Presidente, j. em 11.8.2014).

"***Conflito de competência – Ação ordinária para reconhecimento de incidência de adicional de tempo de serviço sobre salário proposta por servidora em face da Fazenda Estadual na 2ª Vara Cível da Comarca de Marília – Redistribuição à Vara do Juizado Especial Cível da mesma comarca, por se tratar de causa cujo valor é inferior a 60 salários mínimos, a qual recusou a competência porque como ainda não foi instalada na Comarca Juizado Especial da Fazenda Pública, a competência tem natureza relativa, opera-se, pois, a perpetuação da competência pela distribuição – Inadmissibilidade – Competência dos Juizados Especiais, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/09 e do Provimento nº 1.768/10 (competência absoluta) – Conflito procedente – Competência do juízo suscitado*** *(Juizado Especial Cível da Comarca de Marília)*" (TJSP, CC nº 0056078-34.2011.8.26.0000, Rel. Des. Vice-Presidente, j. 25.7.2011).

"***Conflito de Competência – Ação de interesse da Fazenda Pública com até sessenta salários mínimos – Competência do Juizado Especial Cível ou cumulativo onde não houver Juizado Especial ou Vara da Fazenda Pública – Interpretação da Lei 12.253/09 e do Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura – Competência do Juízo Suscitado***" (TJSP, CC nº 990.10.377425-6, Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Público, j. 25.10.2010).

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Assis, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0066103-04.2014.8.26.0000, da Comarca de Poá, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DISTRITAL DE FERRAZ DE VASCONCELOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE POÁ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o conflito e declararam competente o Juízo suscitante (1ª Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), GUERRIERI REZENDE

Acesso ao Sumário

(DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

EROS PICELI, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de Competência – ação de busca e apreensão de veículo – relação de consumo – ajuizamento em foro diverso do domicílio da ré ou da sede do autor, inexistindo notícia de se tratar de local onde instalada a agência que contraiu a obrigação – escolha aleatória do Juízo – afronta ao princípio do juiz natural – conflito procedente – competência do juízo suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 1ª Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos, sob o argumento de que o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Poá não poderia declinar de ofício da competência, cuja natureza é relativa, fls. 2/4vº.

Tem razão o juízo suscitado.

Não se ignora que, como dispõe o artigo 112 do Código de Processo Civil e as súmulas 33 do Superior Tribunal de Justiça e 77 deste Tribunal, é vedado ao magistrado, de ofício, declinar da competência fixada por critério territorial, face sua natureza relativa.

No entanto, diante da peculiaridade do presente incidente, em que houve escolha aleatória do Juízo para a propositura da ação, era realmente de rigor a recusa de competência para o julgamento da lide, independentemente da provocação da parte.

Isso porque o feito foi ajuizado na comarca de Poá sem qualquer liame lógico, por ser o foro diverso do endereço da ré ou da própria sede da instituição financeira autora, além de não haver notícia de cuidar-se de local onde está estabelecida a agência em que se contraiu a obrigação.

Em consequência, pode-se afirmar que o autor, deliberadamente, escolheu determinada comarca, o que lhe é vedado, ainda que se trate de relação de consumo, visto que o artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor apenas viabiliza a propositura da ação no domicílio do autor.

Com efeito, o único vínculo com a comarca de Poá, é o fato de que a cidade de Ferraz de Vasconcelos, atual domicílio da requerida, integra referida

Acesso ao Sumário

comarca.

Nesse aspecto:

“**Ainda que a competência territorial seja relativa, ela guarda aspectos de ordem pública, vedada a má-fé e a irrestrita discricionariedade, devendo ser respeitado o princípio constitucional do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal)” (TJSP, AI nº 0063553-70.2013.8.26.0000, relator Desembargador Antonio Nascimento, j. 22.5.2013)**.

Esta Câmara Especial tem seguido a mesma linha de raciocínio em casos de conflito de competência, a reconhecer que a escolha de foro não pode ficar ao arbítrio do autor:

“**Conflito Negativo de Competência – Ação ajuizada em foro diverso do domicílio das partes – Redistribuição determinada de ofício ao Foro do domicílio do Autor – Possibilidade – Circunstâncias do feito que afastam a aplicação da Súmula 33, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural – Impossibilidade de escolha de Juízo – Opção do Autor em demandar em seu domicílio ou do réu, não caracterizada (Súmula 77 do TJSP) – Ausência de demonstração de se tratar do local onde praticados os atos questionados (Súmula 363 do STF) – Benefício exclusivo ao causídico configurado – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitante” (Conflito de Competência nº 0226422-14.2012.8.26.0000, relatora Claudia Grieco Tabosa Pessoa, julgado em 4.3.2013, v.u.).**

Dessa forma, apesar da natureza relativa da competência ora em análise, tendo ocorrido verdadeiro direcionamento da causa ou “escolha de juízo”, correta a decisão que declinou de ofício da competência para o processamento do feito.

Do exposto, com todo respeito pelo entendimento em contrário, acolhe-se o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante (1ª Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0075911-33.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE PENHA DE FRANÇA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram procedente o conflito e declararam

Acesso ao Sumário

competente o Juízo suscitado, qual seja, a 9ª Vara Cível de Guarulhos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.315)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação de inexigibilidade de débito com pedido cumulado de condenação ao pagamento de indenização por danos morais e obrigação de fazer consistente na exclusão de nome de cadastros de proteção ao crédito – Relação de consumo – Propositura da ação no foro da sede da empresa ré – Opção do consumidor – Competência territorial indeclinável de ofício – Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 77 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França em face do Juízo de Direito da 9ª Vara Cível de Guarulhos, nos autos da ação declaratória cumulada com indenização e obrigação de fazer ajuizada por Andre Luis da Silva em face de Losango Promoções de Vendas Ltda., sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência, de ofício, e encaminhado os autos para o foro do domicílio do autor, dada a expressa opção deste pelo foro de domicílio da empresa ré.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 77).

O Ministério Público manifestou-se opinando pelo reconhecimento da competência do Juízo Suscitado (fl. 81/83).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Acesso ao Sumário

Assiste razão ao MM. Juiz suscitante.

Com efeito, a proteção ao consumidor deve ser a mais ampla possível, permitindo-se a opção de escolha do ajuizamento da ação no foro do lugar onde está a sede da ré pessoa jurídica (artigo 100, IV, "a", do Código de Processo Civil) ou onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações ali contraídas (artigo 100, inciso IV, "b", do Código de Processo Civil combinado com artigo 75, parágrafo 1º, do Código Civil) ou, ainda, no foro do domicílio do autor (artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor).

O autor possui domicílio na Comarca da Capital, na área abrangida pelo Foro Regional de Penha de França e a empresa ré possui sede na Comarca de Guarulhos/SP.

No caso em exame, quando da propositura da ação, o autor abriu mão de eventual benefício atribuído em seu favor pelo artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, utilizando-se de prerrogativa amplamente reconhecida pela jurisprudência e optou pelo foro da sede da empresa ré (fl. 05), o que deve ser respeitado.

A questão ora em debate já se encontra pacificada nesta Egrégia Câmara Especial do Tribunal de Justiça, com a prolação de reiteradas decisões reconhecendo que em hipóteses versando relações de consumo, é plenamente possível o ajuizamento da ação no foro do domicílio do réu, sendo vedado ao juízo determinar, de ofício, a redistribuição do feito ao foro do domicílio do consumidor, com fundamento em prerrogativa da qual o próprio interessado, voluntariamente, abdicou.

Além disso, por se tratar de competência relativa, inviável sua declinação de ofício, nos termos da Súmula nº 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "A incompetência relativa não pode ser declinada de ofício".

No mesmo sentido é o teor da Súmula nº 77, deste Egrégio Tribunal de Justiça: "A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada em foro do domicílio do consumidor (artigo 101, inciso I, Código de Defesa do Consumidor) ou no do domicílio do réu (artigo 94 do Código de Processo Civil), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos".

Nesse sentido, ainda:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação revisional de contrato de financiamento – Opção do autor (aderente) pelo ajuizamento no foro do domicílio da agência bancária – Impossibilidade de o juízo remeter o feito *ex officio* para o domicílio da autora – Competência relativa – Inteligência das Súmulas 33, do STJ, e 77 do TJSP. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0177448-09.2013.8.26.0000, Presidente Relator Antonio Carlos Tristão Ribeiro, j. 02.12.2013).

Acesso ao Sumário

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de consignação em pagamento com pedido de tutela antecipada – Relação de consumo – Opção da autora pelo foro do domicílio da instituição financeira – Possibilidade – Inteligência do artigo 94, "caput" combinado com o artigo 100, inciso IV, alínea "b", ambos do Código de Processo Civil e das Súmulas 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 77, deste Egrégio Tribunal de Justiça – Conflito julgado procedente, para declinar a competência do Juízo suscitado. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0144217-88.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Camargo Aranha Filho, j. 21.10.2013).

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, qual seja, a 9ª Vara Cível de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0075415-04.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE REGISTRO PÚBLICOS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE o conflito para declarar competente o Juízo suscitado, da 2ª Vara dos Registros Públicos da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.829)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 2 de março de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito negativo de competência. Ação de retificação de registro civil. Juízo dos Registros Públicos que reconhece a sua incompetência absoluta e determina a remessa dos autos ao Foro Regional de Santo Amaro, considerando o domicílio das autoras. Ação de jurisdição voluntária que não se

confunde com procedimento administrativo para mera correção de erro de grafia, cujo trâmite se daria pela Corregedoria Permanente do Registro Civil. A ação de retificação de assento de nascimento pode ser proposta tanto no foro do domicílio do autor, *ex vi* do artigo 46, da Lei dos Registros Públicos, quanto no do cartório onde lavrado o assento, nos termos do artigo 109, parágrafo 5º, do mesmo diploma legal. A faculdade é da parte. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Competente, no caso, o Juízo dos Registros Públicos, cuja jurisdição abrange o cartório onde foram lavrados os assentos das autoras e onde proposta originariamente a ação. Conflito procedente.

Jurisprudência - Câmara Especial

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro em face do Meritíssimo Juiz da 2ª Vara de Registros Públicos da Capital.

Sustenta o suscitante competir ao suscitado o processamento e julgamento de ação de retificação de assentos de nascimento proposta por Gabriela Cristina Belintani Rodrigues, Rafaela Cristina Belintani Rodrigues e Mikaela Cristina Belintani Rodrigues, por entender que as autoras exerceram faculdade legal de propor da ação no foro dos cartórios onde lavrados os registros que pretendem retificar (folhas 2/16).

Designado o Juízo suscitante para dirimir e decidir questões urgentes (folhas 21/22) e prestadas informações pelo Juízo suscitado (folhas 26/27), opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela competência do Juízo suscitante (folhas 29/30).

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência nos termos do art. 115, inciso II, do Código de Processo Civil.

Pretendem as autoras ver inserido o patronímico Wilians em seus nomes, ao argumento de que o pai, Nelson Wilians Fratoni Rodrigues, é *sócio majoritário de um dos maiores escritórios de advocacia do país*. Afirmam que o genitor é conhecido nacionalmente apenas como Nelson Wilians. Por pretenderem exercer a mesma profissão do pai, interessa-lhes ter semelhante patronímico.

Acesso ao Sumário

A ação ajuizada é de jurisdição voluntária, que não se confunde com procedimento administrativo, que teria trâmite pela Corregedoria Permanente do Registro Civil. Isso porque a pretensão das autoras diz respeito à efetiva alteração de seus nomes, com a inclusão de patronímico paterno, e não à correção

de mero erro de grafia, que tramitaria extrajudicialmente.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Câmara Especial:

Conflito negativo de competência – Retificação de livro de registro de nascimentos – Pleito formulado nos termos do art. 109 da Lei nº 6.015, de 31/12/1973 – Hipótese em que não há se falar em mero erro de grafia, a viabilizar o processamento do pedido no próprio cartório extrajudicial – Inteligência do art. 110, 'caput', da Lei de Registros Públicos – Procedimento a ser instaurado (Conflito de Competência nº 143.680-0/6, Câmara Especial, Rel. Des. Jarbas Mazzoni).

Feita esta anotação, avalio que razão assiste ao Juízo suscitante.

É que a ação de retificação de registro civil pode ser proposta tanto no foro do domicílio do autor, *ex vi* do artigo 46, da Lei dos Registros Públicos, quanto no do cartório onde lavrado o assento, nos termos do artigo 109, parágrafo 5º, do mesmo diploma legal.

Cabe ao autor, assim, a eleição do foro. A escolha é faculdade da parte, dentre as possibilidades previstas em lei.

É esse o entendimento adotado no C. Superior Tribunal de Justiça:

"***Tal como fazia o Código de Processo Civil de 1939, a vigente Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31.12.73) prevê a hipótese de averbação ou retificação do registro civil em jurisdição diversa da Comarca em que foi lavrado o assento (art 109, § 5º). Daí a orientação jurisprudencial dominante a respeito: o pedido pode ser formulado no foro do domicílio da pessoa interessada (cfr. RJTJESP 60/154; Rev. dos Tribs. 413/371; 424/75 e 507/86). Walter Ceneviva, em sua obra 'Lei dos Registros Públicos Comentada', aplaude esse entendimento, considerando-o afinado com a melhor doutrina (pág. 228, 6ª ed.). Além disso, consoante bem evidenciou o ilustre representante do Ministério Público de Minas Gerais, é este o critério que confere maior comodidade aos requerentes do pedido, permitindo-lhes que melhor acompanhem a tramitação do feito***" (STJ, Conflito de Competência nº 10.861-6/SC, DJ 10/03/95, Rel. Min. Barros Monteiro).

No caso em exame, as autoras propuseram a ação perante o Juízo dos Registros Públicos, cuja jurisdição abrange dois dos cartórios onde lavrados os seus assentos de nascimento, tal como observou o E. Magistrado suscitante. E se exercida a faculdade de escolha do foro, não cabia àquele Juízo suscitado, de ofício, reconhecer sua incompetência e remeter os autos ao foro cível com jurisdição sobre o domicílio das autoras, como o fez.

Pelo meu voto, pois, **JULGO PROCEDENTE** o conflito para declarar competente o Juízo suscitado, da 2ª Vara dos Registros Públicos da Capital.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0066230-39.2014.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE JALES, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE JALES.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito para DECLARAR COMPETENTE o Juízo da Vara do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda de Jales, ora suscitado, para conhecer e julgar o pedido, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.655)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 2 de março de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito de competência. Ação ordinária que visa ao recálculo do valor de adicionais. Matéria que não tem caráter previdenciário de competência delegada. Apenas aquelas ações elencadas no art. 109 da Constituição Federal, em comarca onde não há vara da Justiça Federal, não tramitam pelo Juizado Especial. Desnecessidade de perícia contábil complexa. Pedido certo. Competência do Juizado Especial da Fazenda. Precedentes recentes desta C. Câmara Especial.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Jales em face de decisão proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da mesma Comarca, que determinou a redistribuição dos autos da ação de rito ordinário proposta por João Parminondi contra a Fazenda do Estado de São Paulo, visando diferenças salariais decorrentes da conversão da moeda em URV, por ocasião da implementação do Plano Real.

Sustenta o Suscitante que o conhecimento da lide não é de sua competência,

Acesso ao Sumário

vez que somente as ações previdenciárias da competência delegada estão excluídas dos Juizados (folhas 02/26).

Regularmente processado o incidente, foi designado o juízo suscitado para dirimir questões urgentes (folhas 29/30).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento do conflito, reconhecendo-se a competência do juízo suscitado (fls. 34/36).

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência nos termos do art. 115, inciso II, do Código de Processo Civil.

Razão assiste ao suscitante.

Argumenta o juízo suscitado que a ação proposta tem caráter previdenciário, o que afastaria a competência do Juizado Especial da Fazenda.

Contudo, o atual entendimento desta C. Câmara Especial é no sentido de que apenas as ações previdenciárias de competência delegada estão excluídas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Assim, apenas aquelas ações elencadas no art. 109, da Constituição Federal, em comarca onde não há vara da Justiça Federal, não tramitam pelo Juizado Especial.

Confira-se:

> “**Conflito Negativo de Competência. Ação que visa o recebimento do abono salarial – Não incidência dos Provimentos nº 1.768/10 e 1.769/10 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura – Exclusão da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública que se limita às matérias previdenciárias previstas no artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal – Objeto da demanda que não se enquadra na competência delegada da Justiça Estadual para apreciação de causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos – Desnecessidade de produção de prova pericial complexa – Suficiência de meros cálculos aritméticos – Impossibilidade de remessa à Vara Cível – Competência absoluta do Juizado Especial Cível. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado**” (Conflito de Competência nº 0034670-79.2014.8.26.0000, Rel. Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público).

Acesso ao Sumário

Outrossim, não se vislumbra a necessidade de perícia complexa. O autor formulou pedido líquido e certo (fls. 18), apresentando quadros demonstrativos (fls. 19/24), restando, caso reconhecido o direito, a implantação da nova forma de cálculo e apuração de atrasados, por mero cálculo aritmético.

Desta forma, tratando-se de pedido que, se acolhido, dispensa a

realização de perícia contábil complexa, bastando meros cálculos matemáticos para conferência da conta já apresentada ou elaboração de nova, é de rigor a tramitação da lide pelo Juizado Especial.

Atualmente é este o entendimento desta C. Câmara Especial:

"***Conflito* Negativo de Competência. Ação visando que o período trabalhado em cartório extrajudicial seja reconhecido como tempo de serviço público – Pretensão de recebimento de férias, *quinquênios*, décimo terceiro salário, gratificações, adicionais, auxílios e demais benefícios próprios do funcionalismo público – Desnecessidade de produção de prova pericial complexa – Execução de sentença mediante apresentação pela parte de meros cálculos aritméticos – Valor da causa que remete à incidência do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/2009 – Impossibilidade de remessa à Vara Cível – Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública. *Conflito* procedente – Competência do Juízo suscitante**" (CC 0202478-46.2013.8.26.0000, Relator, Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público).

"**Conflito Negativo de Competência. Ação que visa o recebimento das diferenças decorrentes da conversão da moeda em unidade real de valor (URV) – Desnecessidade de produção de prova pericial complexa – Suficiência de meros cálculos aritméticos – Incidência dos artigos 9º e 10, da Lei nº 12.153/2009 – Impossibilidade de remessa à Vara Cível – Provimento CSM nº 1.768/2010 – Competência absoluta do Juizado Especial Cível. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitante**" (CC 0004538-39.2014.8.26.0000, Relator, Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público).

"**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação que discute vencimentos calculados a partir da conversão de URV para reais determinada no chamado "Plano Real". Possibilidade de apuração dos valores devidos por média aritmética, nos termos da Lei 8.880/94, o que não requer perícia técnica de alta complexidade. Atual entendimento desta Colenda Câmara Especial, adotando posicionamento traçado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Competência do Juizado Especial reconhecida. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO**" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0011772-72.2014.8.26.0000, Relator Camargo Aranha Filho, j. 26/05/2014).

Meu voto, pois, julga procedente o conflito para **DECLARAR COMPETENTE** o Juízo da Vara do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda de Jales, ora suscitado, para conhecer e julgar o pedido.

Jurisprudência - Câmara Especial

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0064771-02.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE ITAQUAQUECETUBA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o juízo suscitado, 3ª Vara Cível da comarca de Itaquaquecetuba. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.928)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 2 de março de 2015.

EROS PICELI, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de competência – ação de arbitramento de aluguéis – imóvel que integra inventário – elementos da ação que não afastam a competência do juízo cível – matéria de natureza patrimonial, que não se relaciona com o direito sucessório – conflito procedente – competência do juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz Ricardo José Rizkallah, da 1ª Vara da Família e Sucessões da comarca de Guarulhos, em face da MMª. Juíza Dayse Lemos de Oliveira, da 3ª Vara Cível da comarca de Itaquaquecetuba, nos autos da ação de arbitramento de aluguéis ajuizada pelo espólio de Geraldo Salathiel, representado por sua inventariante Rosane Salathiel Mendes, contra Carla Aparecida Xavier, inicialmente distribuída ao juízo suscitado.

Alega o suscitante que a ação é de matéria eminentemente civil, e o fato

do imóvel ser objeto de inventário que tramita na 1ª Vara da Família e Sucessões de Guarulhos não modifica a competência para a análise da demanda.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito, declarando-se a competência do juízo suscitado, fls. 20/21.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízes se declararam incompetentes para processar e julgar o processo (art. 115, II, do Código de Processo Civil).

Segundo consta, espólio de Geraldo Salathiel ajuizou ação de arbitramento de aluguéis contra Carla Aparecida Xavier, fls. 4/7, distribuída originalmente ao Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Itaquaquecetuba, que declinou da competência e remeteu os autos ao juízo em que tramita o inventário do falecido Geraldo, fls. 13.

O juízo para o qual os autos foram encaminhados discordou do entendimento da MMª. Juíza de Itaquaquecetuba e suscitou o presente conflito, sob o argumento de que a matéria discutida na demanda de arbitramento de aluguéis não se confunde com a tratada no inventário.

Assiste razão ao suscitante, pois a competência, no caso, absoluta, é fixada em razão da matéria.

Constata-se que a tutela pretendida na ação de arbitramento de aluguéis possui natureza patrimonial, alheia à matéria que será discutida no inventário, afeta ao Direito das Sucessões.

A competência do juízo especializado é restrita e vem fixada no artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, que tem a seguinte redação:

Artigo 37. – Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:

I – processar e julgar:

a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes;

b) os inventários, arrolamentos e partilhas, bem como a divisão geodésica das terras partilhadas e a demarcação dos quinhões.

II – conhecer e decidir as questões relativas a:

a) capacidade, pátrio poder, tutela e curatela, inclusive prestação de contas;

b) bens de incapazes;

c) registro e cumprimento de testamentos e codicilos;

d) arrecadação de herança jacente, bens de ausentes e vagos;

e) suprimento de idade e consentimento, inclusive outorga marital e uxória;

f) vínculos, usufruto e fideicomisso;

g) adoção e legitimação adotiva, ressalvados os casos de

Jurisprudência - Câmara Especial

competência das Varas de Menores;

h) fundações instituídas por particulares e sua administração.

Nota-se que a matéria tratada na ação de arbitramento de aluguéis não se enquadra em nenhum dos incisos do artigo acima transcrito.

Também não se cogita de distribuição por dependência, uma vez que inexiste conexão ou continência entre as demandas e sequer há risco de decisões conflitantes.

Dessa forma, os motivos que fundamentaram a decisão do juízo suscitado não devem prevalecer.

Nesse sentido, precedente da Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CUMULADA COM ARBITRAMENTO JUDICIAL DE ALUGUÉIS, EM RAZÃO DA UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DE IMÓVEL OBJETO DE PARTILHA. DESLOCAMENTO DA CAUSA AO JUÍZO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES, PERANTE O QUAL TRAMITA AÇÃO DE INVENTÁRIO. INVIABILIDADE. NATUREZA AUTÔNOMA DA DEMANDA DE CUNHO PESSOAL E OBRIGACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO POR ACESSORIEDADE A JUSTIFICAR O DESLOCAMENTO DA CAUSA AO JUÍZO ESPECIALIZADO. MATÉRIA QUE NÃO SE AMOLDA A QUALQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 37, DO CÓDIGO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. CONFLITO CONHECIDO, COM A DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO" (CC nº 0011652-29.2014.8.26.0000, relatora Juíza Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, julgado em 19.05.2014).

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o juízo suscitado, 3ª Vara Cível da comarca de Itaquaquecetuba.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0079600-85.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o juízo suscitante, ou seja, a 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra

este acórdão. **(Voto nº 21.433)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 2 de março de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Pensionistas da FEPASA – Ferrovia Paulista S/A – Ação pleiteando o recebimento de abono salarial (prêmio especial) – Propositura perante a Vara da Fazenda Pública da Capital – Determinação de redistribuição a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital – Possibilidade – Provimento nº 2.203/2014 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura.

Litisconsórcio ativo facultativo reunindo 30 autores – Valor da causa conferido por estimativa – Consideração voltada à pretensão econômica de cada litisconsorte, que não pode ser globalizada para efeito de competência – Hipótese em que é apresentado cálculo que, considerando cada autor individualmente, encontra valor inferior a 60 salários mínimos – Competência absoluta do Juizado Especial Cível – Desnecessidade de produção de prova pericial complexa, ainda que não se alegue – Suficiência de meros cálculos aritméticos – Incidência dos artigos 9º e 10, da Lei nº 12.153/2009 – Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda.

Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitante.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital em face do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos da ação condenatória promovida por ferroviários aposentados e pensionistas da extinta FEPASA em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando o recebimento de abono salarial (prêmio especial), sob o fundamento de que o juízo suscitado não

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

poderia ter declinado de sua competência, pois se trata de demanda com valor da causa inferior a 60 salários mínimos e que não exige a produção de prova pericial complexa, sendo competente o Juizado Especial.

Foi designado o Juízo Suscitante para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 183).

Ministério Público (fls. 186/188).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Não assiste razão ao MM. Juiz suscitante.

In casu, discute-se, nos autos, o conceito de valor da causa para os fins de limitação da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública ao teto de sessenta salários mínimos nas hipóteses de litisconsórcio ativo facultativo.

Na hipótese, o polo ativo é formado por 30 autores, que atribuíram à causa o valor de R$ 42.500,00, com emenda da inicial foi alterado o valor da causa para R$ 61.889,64 (fl. 169) e para nenhum dos trinta (30) autores o valor ultrapassa 60 salários mínimos.

Nesse passo, indubitavelmente, estamos diante do litisconsórcio facultativo do artigo 46 do Código de Processo Civil, mais especificamente o inciso II, pois tal litisconsórcio atine a causas que ostentam o mesmo berço fático, isto é, *idem factum*, de modo que, cada um dos autores poderia ter ajuizado ações individuais, inexistindo exigência legal para que litigassem em conjunto, o que demonstra que se está diante de várias pretensões individuais e específicas, unidas apenas por razões de conveniência e verdadeiro prévio reconhecimento de conexão.

Diante desse quadro, o valor da causa, para fins de limitação de competência, deve ser aferido individualmente, tal como se as ações tivessem sido propostas individualmente e depois reunidas por conexão.

Sobre o tema, cumpre anotar o posicionamento fincado pela Colenda 13ª Câmara de Direito Público, que guarda como base, a título de voto condutor original, proferido no Agravo de Instrumento nº 0086728-64.2011.8.26.0000, no qual foi Relator o eminente Desembargador Borelli Thomaz, valendo a transcrição, praticamente integral para efetiva compreensão do azo decisório, assim como o elucidativo entendimento das Cortes *ad quem*:

> **“É o entendimento que se colhe no E. Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Quaglia Barbosa, nos Embargos ao REsp 504.488: previdenciário. Processual Civil. Valor da causa para fins de alçada. Litisconsórcio ativo facultativo. Aplicação do artigo 4º da**

Lei 6.825/80. Divisão pelo número de litisconsortes. 1. Em casos de litisconsórcio facultativo ativo, para fins de alçada e consequente fixação da competência jurisdicional, deve-se proceder a divisão do valor atribuído à causa, pelo número de litisconsortes. 2. Sendo o resultado da divisão do valor atribuído à causa, pelo número de litisconsortes, inferior ao equivalente a 308,5 BTNs, incabível o recurso de apelação, conforme artigo 4º da Lei 6.825/80. 3. Recurso especial provido. Acórdão anulado.

Ao longo do v. acórdão, o D. Ministro indica precedentes daquela mesma Corte e do E. Supremo Tribunal Federal, em que a pedra de toque é a circunstância de se cuidar de litisconsórcio facultativo, não impositivo, a fixar que cada autor está em liça com o réu. Indica, ainda, e com precisão, sobre competência pelo chamado valor de alçada.

Vale, pois, transcrever parte desse v. voto, pois, de forma primorosa e consistente, já mostra a doutrina e o entendimento pretoriano dominante sobre o tema:

(...) percebe-se que cada uma das autoras, inclusive a recorrente, poderia ingressar em juízo separadamente, não havendo nenhuma exigência legal de litigarem em conjunto, tendo, cada uma delas, pretensão individual e específica, o que leva a concluir que o valor da causa também deve ser aferido de forma individualizada.

Além disso, o fundamento do litisconsórcio facultativo instituído nos incisos II e III do artigo 46 do Código de Processo Civil está diretamente ligado ao instituto processual da conexão, eis que, em verdade, tais incisos, nada mais retratam que uma possibilidade de reconhecimento prévio da conexão, pelos litigantes.

Portanto, ainda que os autores, tivessem optado por ingressar em juízo separadamente, os feitos teriam que ser unidos, conforme a disciplina do artigo 105 do estatuto processual civilista, importando em unidade de processo e julgamento. Nesse caso, não haveria dúvida quanto a aferição individual do valor da causa, o que impediria o recurso de apelação.

A propósito outra não é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

'Se duas demandas estiverem fundadas em idêntica causa de pedir (contrato, ato ilícito) ou tiverem por objeto o mesmo bem da vida (determinado imóvel) são consideradas conexas. Verificadas tais situações e havendo pluralidade de pessoas nelas envolvidas, admite-se o litisconsórcio, até porque, ainda que proposta separadamente, seriam reunidas para julgamento conjunto (CPC, art. 105).' (Marcato, Antonio Carlos, Coord. Código de Processo Civil Interpretado. Editora Atlas S.A.: São Paulo, 2004, p. 150).

Assim, como o artigo 4º da Lei 6.825/80 veda o manejo da apelação em causas de valor inferior ao equivalente a 308,5 BTNs, revela-

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

se nítida intenção legislativa de conferir celeridade em tais feitos, visando a uma rápida solução dos litígios de menor importância econômica, com recurso apenas para o mesmo órgão prolator da decisão impugnada; a prevalecer a tese do Tribunal *a quo*, por vezes, os litigantes ver-se-iam desestimulados a litigar em litisconsórcio facultativo, ante a maior demora na tramitação da ação.

Nesse sentido, como o litisconsórcio facultativo e o instituto da conexão também encontram fundamento no princípio da economia processual, isto é, conferir tratamento diferenciado às partes por terem optado em litigar conjuntamente não cumpre o sentido do referido princípio, cria desestímulo ao litisconsórcio, levando a uma maior demanda processual, consumindo tempo, energia e onerando a máquina judiciária, que tardaria na prestação jurisdicional e acarretando, em última análise, um prejuízo para todos os jurisdicionados, já tão prejudicados diante de um aparelhamento judiciário que ainda não consegue atender aos reclamos da sociedade.

Ademais, conferir tratamento diferenciado quanto ao valor da causa, em casos de litisconsórcio por cúmulo subjetivo facultativo, ofenderia ainda o princípio constitucional do devido processo legal, em seus aspectos formal e material, conforme abalizada doutrina.

Quanto ao primeiro aspecto, a *ratio essendi* da norma é justamente a de evitar que demandas de pequeno valor econômico fiquem com sua tramitação embaraçada nos meandros da máquina judiciária, possibilitando maior celeridade processual, o que viria de encontro ao entendimento de que, em casos de litisconsórcio facultativo, haveria a possibilidade de recurso de apelação, desestimulando o cúmulo subjetivo e fazendo com que questões que poderiam perfeitamente ser resolvidas conjuntamente, tivessem que ser desmembradas em tantas quantas forem o número de litisconsortes, o que se mostra desarrazoado.

Quanto ao segundo aspecto, a possibilidade do litisconsórcio está ligada também à garantia de acesso ao judiciário, que não deve ser assegurada apenas formalmente. Não basta existir uma legislação assegurando ao jurisdicionado o direito de ter sua demanda apreciada pelo Judiciário, pois o Estado tem o dever de subministrar meios de garantir efetivamente este direito, inclusive implementando medidas legislativas concretas, para mitigar a desigualdade das partes, em determinadas situações.

Acesso ao Sumário

Desse modo, não pode prevalecer o entendimento da decisão *a quo* que conferiu tratamento diferenciado aos autores, notadamente à recorrente, pois estaria confrontando o amplo acesso à jurisdição, eis que o instituto do litisconsórcio facultativo ganha, atualmente, nítida feição de facilitar o acesso ao Judiciário, tendo em vista a

racionalização de custos que tal instituto possibilita às partes, que podem se cotizar no pagamento de custas e honorários advocatícios, principalmente quando ainda não se confere ampla assistência jurídica aos que dela necessitam, conforme assegurado no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, razão pela qual não se pode conferir nenhum tratamento diferenciado às partes, simplesmente por terem optado em litigar conjuntamente.

José Roberto dos Santos Bedaque afirma ser o devido processo legal um direito de acesso à ordem jurídica justa, lecionando que: 'A inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício de ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.' (Marcato, Antonio Carlos, Coord. Código de Processo Civil Interpretado. Editora Atlas S.A.: São Paulo, 2004, p. 39).

Por outro lado, em se acolhendo a tese do valor global dado à causa para fins de alçada, estar-se-ia permitindo a ocorrência de desvios, ante a possibilidade indireta dos litisconsortes escolherem aquele Juízo ou Tribunal, que melhor lhes conviesse, infringindo o princípio do juiz natural, eis que a parte *ex adversa* ficaria vinculada à escolha dos autores. Neste sentido, suponhamos que dois indivíduos pretendam ingressar em juízo, com demandas de valores individuais em que não coubesse recurso de apelação.

Cientes de que determinado Juízo, contrariando entendimento da Corte de Apelação, vem reiteradamente julgando improcedente causas similares e, a fim de submeter seus pleitos ao segundo grau, poderiam se unir em litisconsórcio, com o único propósito de elevar o valor da causa.

Idêntica situação ocorreria quando Tribunal de Alçada tivesse, em determinada questão, entendimento diverso daquele encampado pelo Tribunal de Justiça, bastando a simples união dos litisconsortes para determinar a competência de um ou de outro, ficando tal definição submetida ao único alvedrio de um dos pólos da relação processual, com infringência dos princípios da igualdade de partes e do juiz natural.

O extinto Tribunal Federal de Recursos tinha entendimento sumulado no sentido da divisão do valor da causa pelo número de litisconsortes facultativos para fins de alçada, como adiante se vê: 'Súmula 261: No litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para fins de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes'.

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

Esta Corte Superior também tem decidido diversas vezes neste sentido, conforme arestos adiante colacionados: 'Processual Civil – Administrativo – Recurso Especial – Violação aos arts. 128 e 460 do CPC e art. 4º da Lei n. 6.825/80 – Falta de prequestionamento – Não conhecimento – Litisconsórcio ativo – Cúmulo Subjetivo – Vigência da Lei n. 6.825/80 – Valor da causa por autor inferior a 100 ORTNs – Inaplicabilidade do art. 475, II, do CPC – Dissídio pretoriano não comprovado. 1 – A Turma, reiteradamente, tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial da jurisprudência. Dissídio não comprovado. 2 – Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não foi ventilada no julgamento atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, restando, portanto, sem o devido prequestionamento (artigos 128 e 460, do CPC, 4º, da Lei n. 6.825/80). Aplica-se, neste aspecto, a Súmula 356 do Pretório Excelso. 3 – Na cumulação subjetiva, o litisconsórcio se forma não em razão de um só fato, mas em razão de um fundamento de fato. Há identidade fática na situação de todos os recorrentes. Daí a existência de um só processo, em que há tantas relações jurídicas processuais quanto são os litisconsortes. Assim, no litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para efeito de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes. Aplicação da Súmula 261 do extinto TFR. 4 – Havendo sido, em sede de impugnação ao valor da causa, fixado este em valor *per capita* e sendo este inferior a 100 ORTNs, não estava a decisão que pôs fim ao processo de conhecimento sujeita ao reexame necessário, como previsto no art. 475, II, do CPC, tendo em vista a aplicação do art. 1º, da Lei n. 6.825/80, vigente à época. 5 – Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para reformar o v. acórdão, restabelecendo a r. sentença monocrática e todas as decisões e atos processuais dela decorrentes.' (REsp 314.130-DF. Quinta Turma. Rel Min. Jorge Scartezzini, DJ de 02.08.2004).

'Trabalhista. Alçada. Litisconsórcio ativo. Valor da causa. Em causa em que há litisconsórcio ativo, o seu valor, para fins de alçada, é determinado pelo quociente da divisão do valor global pelo número de litisconsortes. (Súmula 261/TRF).' REsp. 34.832-RS. Terceira Turma. Rel. Min. Dias Trindade. DJ de 28.06.2003).

O C. Supremo Tribunal Federal, interpretando o texto do artigo 4º da Lei 6.825/80, também se pronunciou no sentido da divisão do valor atribuído à causa pelo número de litisconsortes, conforme os seguintes arestos: 'Valor da causa. I – Cumulação subjetiva.

Acesso ao Sumário

Havendo cumulação subjetiva, o valor da causa há de referir-se a cada autor. Se o valor da causa foi dado de forma global, entende-se representar ele a soma dos valores referentes a cada autor. II – Não correspondendo o valor da causa, em relação a cada autor, ao mínimo fixado no artigo 4º da Lei 6.825/80, (50 ORTNs) na data do ajuizamento da ação, não cabe recurso a Instância Superior.' (RE 112.942-RJ Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Madeira. DJ. de 30.04.87).

'Processo Civil – Alçada – Lei 6.825/80, artigo 4º. Já as duas Turmas do STF se manifestaram no sentido de ser válido o entendimento do TFR, de, no caso de ação ser movida por vários autores, em se tratando de litisconsórcio facultativo, ser dividido o valor atribuído já na causa pelo número deles, face aos dispostos nos arts. 48 e 292 do CPC'. (RE 108.680-7/SC. Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 29.05.87)".

Desta feita, ausente a necessidade de perícia complexa e porque o valor da causa, considerada a pretensão econômica individual de cada um dos litisconsortes, não supera sessenta salários mínimos, a competência é do juízo suscitante.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o juízo suscitante, ou seja, a 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0042661-09.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO SUL 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declara-se competente para conhecer e julgar a ação penal o Juízo da Vara da Região Sul 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de

Acesso ao Sumário

Santo Amaro, ora suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29911)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO – CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO POR IRMÃO CONTRA IRMÃ – APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06 – FATOS OCORRIDOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS – AÇÃO OU OMISSÃO BASEADA NO GÊNERO E VULNERABILIDADE DA VÍTIMA – COMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

VOTO

1. O MM. Juiz suscitante sustenta, em síntese, que a hipótese retratada nos autos não se trata de violência doméstica "**stricto sensu**", não sendo caso de aplicação da Lei 11340/06. O suscitado, por sua vez, entende que é caso com motivação compatível com a "**ratio**" da "**lex specialis**". A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se no sentido de ser julgado procedente o conflito de jurisdição e declarada a competência do Juízo suscitante.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. O conflito negativo de jurisdição suscitado nos termos do artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal, deve ser conhecido e apreciado, porque ambos os Magistrados consideram-se incompetentes para conhecer e julgar a ação penal.

A controvérsia no conflito recai sobre a aplicação da Lei nº 11.340/06 à hipótese que trata de ação penal para apuração da prática de crime de lesão corporal perpetrado por irmão contra sua irmã.

Caracteriza-se na hipótese violência praticada em razão do gênero da vítima e no contexto de relação entre irmão e irmã, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher (irmã) em relação ao agressor

(irmão), situação a se enquadrar no enunciado da Súmula 114 do TJSP – Câmara Especial.

Com efeito, o acusado valendo-se de relação doméstica/familiar incorreu na prática delitiva contra sua irmã.

O quadro fático, portanto, justifica a incidência da norma de caráter protetivo, que objetiva justamente ampliar a salvaguarda à mulher no âmbito específico destas relações.

A Lei nº 11.340/06, em seu artigo 5º, determina que para que o diploma mencionado seja aplicado ao caso concreto é necessário que se configure violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

*I – **no âmbito da unidade doméstica**, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*

*II – **no âmbito da família**, compreendida como a comunidade formada por **indivíduos** que são ou se consideram **aparentados**, **unidos por laços naturais**, por afinidade ou por vontade expressa;*

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

O entendimento foi consolidado na edição da Súmula 114 deste Egrégio Tribunal de Justiça, que dispõe:

"*Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.*"

Nesse sentido, confira-se o precedente desta Colenda Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL IMPUTADO AO AVÔ DA VÍTIMA (ARTIGO 217-A, DO CP). DISSENSO EM RELAÇÃO À APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. CASO CONCRETO QUE

NOTICIA VIOLÊNCIA MOTIVADA NO GÊNERO OU DECORRENTE DE RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU VULNERABILIDADE DA OFENDIDA, A RECOMENDAR A INCIDÊNCIA DOS DITAMES PROTETIVOS DA LEI MARIA DA PENHA. MENORIDADE DA VÍTIMA À ÉPOCA DOS FATOS E RELAÇÃO DE PARENTESCO QUE, POR SI SÓ, NÃO AFASTAM A FRAGILIDADE DECORRENTE DO GÊNERO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, COM O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (Conflito de Jurisdição nº 0116576-28.2013.8.26.0000, Relª. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 09/09/2013).

Outrossim, conforme decidido pelo Pretório Excelso no RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* NÚMERO 112698/DF – DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 18/09/2012, Órgão Julgador: Segunda Turma, quando da violência cometida em relacionamento afetivo com a vítima, esta hipossuficiente , é de se aplicar a Lei n. 11.340/2006 (caso de ex-namorado atingindo ex-namorada), raciocínio que também se aplica em crimes contra a dignidade sexual praticado contra filhas (STF, HC 110160/DF – DISTRITO FEDERAL, *HABEAS CORPUS*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 18/12/2012, Órgão Julgador: Segunda Turma).

Ainda, a aplicação da lei referida tem como pressuposto uma relação íntima de afeto a ser protegida, por ocasião do anterior convívio do agressor com a vítima, ainda que não tenham coabitado (STJ – HC 181217 – caso envolvendo ex-namorados), também quando o réu tenha se valido de sua autoridade de irmão da vítima para subjugar a sua irmã e a ameaçar (STJ – CC 102.832-MG, DJe 22/4/2009, e HC 115.857-MG, DJe 2/2/2009. REsp 1.239.850-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/2/2012).

Em outras palavras, deve haver nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima (caso de vítima ameaçada de morte após romper o namoro de quase dois anos – STJ – CC 90.767-MG, DJe 19/12/2008. CC 100.654-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 25/3/2009) e abrange qualquer relação íntima de afeto e dispensa a coabitação (caso entre namorados – STJ –: CC 85.425-SP, DJ 26/6/2007. CC 91.979-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/2/2009.

Vê-se, pois, em todas as situações, que a incidência da Lei n.º 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade (STJ – HC 175816/RS).

Acesso ao Sumário

3. Ante o exposto, **julga-se procedente** o conflito **e declara-se competente** para conhecer e julgar a ação penal o **Juízo da Vara da Região Sul 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de**

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001450-41.2013.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante BANIF – BANCO INTERNACIONAL DO FUNCHAL (BRASIL) S.A., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE UBATUBA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO, V.U. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DESEMBARGADOR ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO E VOTO VENCEDOR O DESEMBARGADOR RICARDO MAIR ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.112)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA CEDULAR VINCULADO A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – IRRESIGNAÇÃO PARCIAL DECORRENTE DE REQUERIMENTO FORMULADO NO CURSO DO PROCEDIMENTO – CONDUTA QUE TORNA PREJUDICADA A DÚVIDA – INVIABILIDADE DE REGISTRO SE ASSIM NÃO FOSSE – CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO OFICIAL – ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ESPECIALIDADE E CONTINUIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a decisão de fls. 156/157, que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis

Jurisprudência - CSM

de Ubatuba de registrar instrumento particular de constituição de garantia hipotecária, pois houve a constituição de condomínio edilício no imóvel, de forma que o incorporador deveria realizar a rerratificação do instrumento para que o ônus real incida apenas sobre as unidades ainda não transmitidas a terceiros.

Alega a recorrente que o art. 1.488 do Código Civil permite o registro e que a garantia deverá recair sobre as unidades que permanecem na titularidade da devedora (fls. 160/174).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento (fls. 185/189).

É o relatório.

Primeiramente, cumpre observar que o presente caso é análogo àquele, já julgado, constante da Apelação nº 0001449-56.2013.8.26.0642, de forma que a solução deve ser a mesma lá alvitrada.

Tratam-se, em verdade, das mesmas partes, do mesmo imóvel, e dos mesmos motivos de recusa pelo Oficial, com a única diferença que naquele caso o contrato levado a registro instituía a primeira hipoteca sobre o imóvel e, neste, a segunda.

Aqui, como naquele caso, a dúvida está prejudicada e o recurso não deve ser conhecido.

Constata-se que o interessado, ciente da nota devolutiva apresentada pelo Oficial, na qual um dos óbices relaciona-se à constituição de condomínio edilício e transmissão a terceiros de cinco (5) das trinta e quatro (34) unidades autônomas com matrículas, ao impugnar a dúvida requereu que "*seja o oficial de registro suscitante autorizado a efetuar o registro da hipoteca nas matrículas abertas para as unidades autônomas que permanecem na titularidade da hipotecante, quais sejam, todas as unidades listadas acima, com exceção das unidades 11-A, 14-A, 31-A, 31-B e 34-B*" (fl. 81).

Esta manifestação revela concordância com a impossibilidade do registro da hipoteca abranger unidades que não são da titularidade do domínio da empresa devedora, o que configura irresignação parcial.

Acesso ao Sumário

O inconformismo parcial prejudica a dúvida, pois ainda que afastadas as demais exigências impugnadas, o registro será inviável pela impossibilidade de sanar a falta mediante apresentação do referido requerimento de exclusão das unidades condominiais alienadas no curso do procedimento, porque haveria ilegal prorrogação do prazo da prenotação e permissão de dilações e complementações em detrimento de direitos posicionais que acaso pudessem existir em contraposição ao do suscitado, conforme reiteradas decisões do Colendo Conselho Superior da Magistratura neste sentido (Apelações Cíveis números 15.351-0/6, 30.736-0/6, 31.007-0/4, 59.191-0/7).

Caso, contudo, a dúvida não estivesse prejudicada, de qualquer modo o

registro não seria possível, uma vez que as demais exigências são pertinentes.

A análise do título pelo Oficial deve estar norteada pelos princípios que regem os registros públicos. Conforme lição da Afrânio de Carvalho, o Oficial tem o dever de proceder ao exame da legalidade do título e apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e sua formalização instrumental (Registro de Imóveis, editora Forense, 4ª edição). O exame da legalidade consiste na aceitação para registro somente do título que estiver de acordo com a lei.

O artigo 225 e seu § 1º da Lei nº 6.015/73 assim dispõem:

"*Art. 225. Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.*

§ 1º As mesmas minúcias, com relação à caracterização do imóvel, devem constar dos instrumentos particulares apresentados em cartório para registro."

Tal dispositivo atende ao princípio da especialidade objetiva, previsto no artigo 176 da Lei de Registros Públicos, que exige a identificação do imóvel como um corpo certo, permitindo o encadeamento dos registros e averbações subsequentes, e com o fim de não prejudicar o controle da disponibilidade.

O princípio da continuidade, que se apoia no da especialidade, está consagrado no artigo 195 da Lei de Registros Públicos, que exige que o imóvel esteja matriculado ou registrado em nome do outorgante, e também no artigo 225, § 2º, da mesma Lei, que assim dispõe: "*Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior*".

O título *sub examen* limitou-se a consignar, no item 2.1 do instrumento particular, que em "*garantia do cumprimento das Obrigações Garantidas, o HIPOTECANTE dá o IMÓVEL ao CREDOR em segunda, única e especial hipoteca, perfeitamente descrito e individualizado na matrícula nº 38.114, do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Ubatuba, Estado de São Paulo*", ou seja, não descreve o imóvel objeto da garantia, como exigido por lei, além de se tratar de área na qual foi registrada a instituição e especificação de condomínio e criadas 34 (trinta e quatro) unidades autônomas, das quais cinco foram alienadas a terceiros e possuem matrículas próprias, portanto, não há coincidência entre o que consta do registro existente e o que consta do título o qual é genérico e nada especifica.

Jurisprudência - CSM

Acesso ao Sumário

A situação ora descrita configura afronta aos princípios da legalidade, da especialidade, da continuidade, e compromete o controle da disponibilidade.

Ademais, não se discute nem se controverte acerca dos direitos invocados pelo apelante, baseado no disposto no artigo 42 da Lei 10.931/04, a teor do qual o contrato de garantia hipotecária produz efeitos entre o credor e o devedor independente de registro, e com fundamento no artigo 1.488 do Código Civil, sob o argumento de que este dispositivo legal possibilita a incidência da hipoteca sobre as áreas remanescentes ainda não alienadas. Esses direitos, contudo, não eximem o apresentante do dever de observar as regras estabelecidas não só no próprio artigo 1.488 do Código Civil, que exige especificação, como na Lei de Registros Públicos, para possibilitar o ingresso do título no fólio real.

O Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, ao comentar o artigo 1.488 do Código Civil, na obra "Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência", Ed. Manole, 1ª ed., 2007, assim dispõe:

"*Pode também o imóvel onerado ser loteado – ou desmembrado – ou submetido ao regime de condomínio edilício, com atribuição de unidades autônomas. A hipoteca gravará, a princípio, cada lote ou unidade autônoma produto do negócio jurídico. Confere a norma em exame, como exceção ao princípio da indivisibilidade da garantia real, o direito potestativo do credor, do devedor, do terceiro prestador, ou do adquirente da coisa em garantia, de divisão do ônus real, gravando cada lote ou unidade autônoma de acordo com a proporção entre o valor de cada um deles e o valor do crédito*".

E, mais adiante, dispõe que:

"*O desmembramento da hipoteca pode dar-se na via negocial ou judicial. Na via negocial, deve haver manifestação do dono do imóvel gravado – ou adquirente – e do credor, por escritura pública levada ao registro imobiliário.*

Na via judicial, podem requerer a medida, em processo de conhecimento, o credor, o devedor e o proprietário do imóvel gravado, ou seu adquirente, aí incluído o promitente comprador, titular de direito real de aquisição. Pode o credor em contestação alegar e provar que o desmembramento provoca a diminuição da garantia real. Note-se que o desmembramento far-se-á obedecida a proporção entre o valor de cada um dos lotes ou unidades e o valor total do crédito. A divisão, portanto, não é feita pro rata e nem pelo tamanho de cada unidade, mas pelos respectivos valores que, no caso de discordância, pode exigir avaliação judicial, na fase de conhecimento ou em liquidação por arbitramento".

Em suma, o título tal como apresentado não atende as exigências legais.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 29.276)

1. Nestes autos de dúvida, foi interposta apelação contra sentença dada pelo Juízo Corregedor Permanente do Ofício de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos, e Civil de Pessoas Jurídicas de Ubatuba. Essa decisão manteve a negativa de registro *stricto sensu* de uma cédula hipotecária estipulada em garantia da cédula de crédito bancário 02.03.0007.12. Fundou-se a sentença no fato de que, segundo o título, a hipoteca cedular abrangeria todo o imóvel da matrícula 38.114; contudo, sobre esse imóvel já teria sido instituído e especificado condomínio edilício, e essa circunstância impediria o registro pretendido.

Alega o apelante que, nos termos da Lei 10.931/2004, arts. 32, § 2º, e 42, a hipoteca teria sido constituída antes da instituição e especificação do condomínio edilício (ou seja, na data em que foi celebrada a cédula de crédito). Desse modo, por força do Cód. Civil, art. 1.488, seria possível que se fizesse o registro *stricto sensu* da cédula hipotecária apenas sobre as unidades autônomas, e para essa finalidade deveria ser dado provimento ao recurso.

É o relatório.

2. A incorporação imobiliária foi registrada em 02.02.2010, e o condomínio edilício foi instituído e especificado em 05.08.2011, como se vê na matrícula 38.114. A cédula hipotecária, que versa a totalidade do imóvel, foi emitida em 03.01.2012 (fls. 27-33).

Portanto, já na data de estipulação da hipoteca a descrição do imóvel constante do título não mais correspondia à descrição constante da matrícula. Logo, o ofício de registro de imóveis (e, depois dele, o juízo corregedor permanente) não podiam deferir o registro *stricto sensu*, por ofensa ao princípio da especialidade objetiva (LRP/1973, art. 225, §§ 2º-3º).

Contra essa conclusão não favorece o credor hipotecário (ora apelante) invocar:

(a) a Lei 10.931/2004, arts. 32, § 2º, e 42, pois, como está expressamente ressalvado nessa última regra, a hipoteca (mesmo a cedular) só se constitui (só "vale contra terceiros") se e quando o respectivo título for apresentado ao ofício de registro de imóveis e o registro *stricto sensu* for deferido; portanto, ainda que o título tivesse sido formado antes da instituição do condomínio edilício (o que, de resto, não é verdade *in casu*), nem por isso o registro poderia ser deferido, se a rogação só se desse (como de fato se deu) quando o condomínio já existisse (como de fato já existia); nem

(b) o Cód. Civil, art. 1.488, *caput*, pois essa regra (que excepciona a

Acesso ao Sumário

indivisibilidade da hipoteca prevista no art. 1.421) pressupõe não apenas que a cédula hipotecária tenha sido apresentada a registro *antes* da instituição do condomínio edilício (*verbis* "se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício..."), mas também que, para a divisão, o título descreva cada unidade autônoma e a proporção da dívida que caiba a cada um, o que não existe na cédula hipotecária apresentada.

Tanto o título não servia para o propósito pelo qual foi apresentado (= dar causa a uma hipoteca sobre a totalidade do imóvel), que ao impugnar a dúvida o ora apelante concordou com a exigência do ofício de registro de imóveis e solicitou que, em vez do imóvel todo, a hipoteca recaísse somente sobre as unidades autônomas ainda não alienadas (fls. 81). Por tal razão, a dúvida em verdade está prejudicada, e a apelação não pode ser conhecida.

3. Ante o exposto, **voto pelo não conhecimento do recurso de apelação**.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Privado

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 20.704)

Ementa: Registro de Imóveis.

Recurso contra decisão que negou o registro de instrumento particular de constituição de hipoteca cedular vinculado a cédula de crédito bancário – Imóvel sobre o qual se deu incorporação e instituído condomínio predial – Alienação das unidades condominiais autônomas a terceiros anteriormente ao registro da hipoteca – Irresignação parcial.

Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

1. Cuida-se de apelação contra decisão proferida pelo Juízo Corregedor Permanente do Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Ubatuba, que negou registro a instrumento particular de constituição de hipoteca cedular vinculado a cédula de crédito bancário.

É o relatório.

2. Hipótese de não conhecimento.

Há de se aplicar, *in casu*, a mesma solução proposta no voto nº 34.092, relativo aos autos da Apelação nº 0001449-56.2013.8.26.0642, por se tratar

de situação muitíssimo semelhante envolvendo o **mesmo imóvel** e as mesmas partes (apenas os contratos hipotecários são distintos – primeira e segunda hipotecas).

De antemão, cumpre conceituar o que vem a ser dúvida.

O processo de dúvida é definido como um procedimento de natureza administrativa destinado a solucionar controvérsia existente entre o apresentante do título e o Oficial Predial, a respeito da registrabilidade do título, ou nas palavras de Ricardo Henry Marques Dip e Benedito Silvério Ribeiro: "...em acepção material: o juízo emitido pelo administrador no exercício de suas funções, obstando a pretensão de registro; em acepção formal: o procedimento de revisão hierárquica do juízo administrativo de objeção a uma pretensão de registro" (***in*** *Algumas linhas sobre a Dúvida no Registro de Imóveis*, pág. 2).

Indubitavelmente, para que surja o processo de dúvida é necessário que um título seja apresentado e que ele seja recusado à primeira vista, ofertando o Oficial determinadas exigências para complementação formal daquele título, a fim de que seja viabilizado o registro. Assim, caso o apresentante discorde das exigências, ele instará o Oficial a suscitar dúvida, em face do dissenso.

In casu, formuladas as exigências, instado foi o Oficial a suscitar dúvida.

Do imóvel hipotecado consta o registro de incorporação e instituição de condomínio (fl. 11/15). Algumas unidades autônomas já foram alienadas (fl. 16/22).

Porém, no curso do procedimento, em sede de impugnação, o interessado aquiesceu expressamente com uma exigência (a hipoteca não poderia recair sobre os imóveis alienados a terceiros), pleiteando "seja o oficial de registro suscitante autorizado a efetuar o registro da hipoteca nas matrículas abertas para as unidades autônomas que permanecem na titularidade da hipotecante, quais sejam, todas as unidades listadas acima, com exceção das unidades 11-A, 14-A, 31-A, 31-B e 34-B." (fl. 81)

Assim, há irresignação parcial, sendo o que basta para o afastamento do juízo de admissibilidade da dúvida, pois esta sempre se funda em irresignação integral ou, necessariamente, será ela prejudicada, sob o aspecto lógico – formal, na medida em que não se admite, mesmo na esfera administrativa, decisão condicional (cf. A.C. 285.416, Piracicaba, 28.12.79; A.C. 3.779-0, Diadema, 27.01.86; A.C. 5.374-0, Capital, 04.04.86; A.C. 5.479-0, São Roque, 10.06.86).

Se por hipótese fosse concebível a satisfação de exigência no curso da dúvida, estar-se-ia acolhendo artifício para a prorrogação da prioridade para títulos originariamente irregistráveis, em detrimento de outros que se posicionassem em concorrência tabular (*in exemplis*: títulos contraditórios, o que é defeso (Cf. A.C. 279.265, Campinas, 08.01.79; A.C. 276.278, Campinas, 08.01.79; A.C. 279.264, Campinas, 12.03.79; A.C. 5.221-0, Ourinhos, 30.05.86;

Acesso ao Sumário

A.C. 5.841-0, Guararapes, 30.05.86).

Desta feita, o único juízo que pode ser emitido é o da prejudicialidade da dúvida em face, repito, da irresignação parcial. Nesse sentido, tem sido a firme orientação do Colendo Conselho Superior da Magistratura, consoante já se demonstrou, valendo recordar, apenas e tão somente, parte do Aresto nº 8.876-0/5, o qual permito-me transcrever, pois elucidativo:

> "Bem observou o MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria que os efeitos da prenotação têm prazo de eficácia (para o caso de omissão da parte) e com igual acerto afirma a decisão recorrida que a concordância do apresentante com algumas das exigências feitas pelo Oficial do Registro prejudica o julgamento da dúvida (que acabaria se transformando em procedimento de consulta ao Juiz, no que concerne à falta não atendida)." (Relator Desembargador Álvaro Martiniano de Azevedo; parecer da lavra do Juiz Aroldo Mendes Viotti).

3. Ante o exposto, pelo arrimo esposado, pelo meu voto, não se conhece do recurso.

RICARDO MAIR ANAFE, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005288-85.2013.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante FAZENDA MUNICIPAL DE GUARUJÁ, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA DETERMINAR A AVERBAÇÃO, NAS MATRÍCULAS DOS IMÓVEIS, DA DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DA RENÚNCIA AO DIREITO DE PROPRIEDADE E O SUBSEQUENTE REGISTRO DA CARTA DE ADJUDICAÇÃO. DECLARARÁ VOTO DIVERGENTE O DESEMBARGADOR ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.120)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – PRETENSÃO DE REGISTRO DE CARTA DE ADJUDICAÇÃO – NEGATIVA, EM RAZÃO DE QUEBRA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE – FRAUDE À EXECUÇÃO – INEFICÁCIA DA RENÚNCIA AO DIREITO DE PROPRIEDADE DECLARADA EXPRESSAMENTE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – DESNECESSIDADE DE CANCELAMENTO DA AVERBAÇÃO – AUSÊNCIA DE QUEBRA DA CONTINUIDADE – RECURSO PROVIDO.

VOTO

A Fazenda Municipal de Guarujá interpôs recurso administrativo contra a r. sentença que manteve a recusa de registro de carta de adjudicação.

Cuida-se de carta tirada de processos de execução fiscal ajuizados pela Fazenda em face de Casa Grande Hotel S/A. A executada havia renunciado ao direito de propriedade sobre os imóveis e tal renúncia fora averbada. A recusa deveu-se ao fato de que, segundo o Oficial do Registro de Imóveis, muito embora declarada a ineficácia da renúncia ao direito de propriedade da executada, a carta de adjudicação só poderia ser registrada se expedido mandado de cancelamento da averbação da renúncia declarada ineficaz. Caso contrário, em seu entender, estaria violado o princípio da continuidade.

A interessada afirma que o Oficial está equivocado, uma vez que há expressa menção, no título, da decisão que declarou a ineficácia da renúncia, o que afasta a o risco de quebra da continuidade.

O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A questão cinge-se a verificar se, inobstante a expressa declaração de ineficácia da renúncia ao direito de propriedade – levada a cabo em face de diversos imóveis da executada –, por conta da fraude à execução, é necessária, para o registro de carta de adjudicação, a expedição de mandado de cancelamento da averbação daquela renúncia.

O Oficial entende que sim, sob risco de quebra da continuidade e ressalta, também, acórdão proferido pelo extinto 1º Tribunal de Alçada Civil, nos autos

Acesso ao Sumário

da execução, em que definiu que se tratava de ineficácia – não de invalidade – e que somente no caso de arrematação ou de adjudicação é que haveria o cancelamento do registro (o Juízo de 1º grau havia determinado o cancelamento, já naquela fase, por conta da fraude).

O entendimento do Oficial, *venia concessa*, revela-se equivocado. Em primeiro lugar, a decisão proferida pelo extinto 1º Tribunal de Alçada Civil, em sede de agravo de instrumento, tem sua eficácia objetiva restrita ao tema objeto de irresignação. Limitou-se, portanto, a resolver que não se poderia, naquele momento, por conta da verificação de fraude à execução, cancelar o registro da renúncia ao direito de propriedade, que, conquanto ineficaz frente ao credor, era válida. A menção de que o cancelamento do registro ocorreria depois, quando da arrematação ou adjudicação, foi feita incidentalmente, somente para realçar que não cabia cancelamento naquela fase. Mas não há, evidentemente, vinculação necessária do Juízo Administrativo a essa passagem da decisão.

Quebra da continuidade também não há. A renúncia, ocorrida em fraude à execução, é ineficaz em relação ao credor. O ato não é nulo, mas ineficaz. Permanece, portanto, sua averbação, que em face do credor não opera efeitos. Logo, por não operar efeitos, a adjudicação, em seu favor, pode perfeitamente ser registrada, bastando que se averbe a declaração de ineficácia, que, ressalte-se, está expressamente aposta no título.

A questão já foi objeto de análise pela 1ª Vara de Registros Públicos da Capital, no julgamento do processo nº 1474/97, quando, de maneira correta, se decidiu:

“*Registro – Desnecessidade do cancelamento do registro da alienação em que se caracterizou fraude a execução.*

Para o registro de Carta de Adjudicação, não há necessidade do cancelamento do registro anterior em fraude a execução, porquanto a alienação ou oneração de bens em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente, embora válida quanto aos demais.

Registro de Carta de Adjudicação – Cancelamento do registro de alienação que se caracterizou fraude a execução – Desnecessidade.

Averbação – Desnecessidade de exibição de mandado específico, se da Carta de Adjudicação consta a decisão judicial que reconheceu a alienação fraudulenta.

Constando da própria Carta de Adjudicação a decisão judicial que declarou a ineficácia da alienação anterior em fraude a execução, desnecessário, para seu registro, mandado específico daquela decisão.”

Vale frisar, por fim, que o título – carta de adjudicação – revela-se apto a gerar, nas matrículas dos imóveis a que se refere, dois atos: (1) a averbação da declaração de ineficácia da renúncia ao direito de propriedade e (2) o registro da

Acesso ao Sumário

carta de adjudicação.

Nesses termos, dou provimento ao recurso para determinar a averbação, nas matrículas dos imóveis, da declaração de ineficácia da renúncia ao direito de propriedade e o subsequente registro da carta de adjudicação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 29.730)

1. Nestes autos de dúvida, foi interposta apelação contra sentença dada pelo Juízo Corregedor Permanente do Ofício de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Guarujá. Essa decisão manteve a negativa de registro *stricto sensu* de carta de adjudicação de vários imóveis passada nos autos de execução fiscal movida pela Fazenda Municipal de Guarujá, ora apelante, contra Casa Grande Hotel S.A..

Segundo a sentença, a parte executada Casa Grande Hotel renunciara ao domínio de todos os imóveis adjudicados. Logo, para que o pretendido registro *stricto sensu* não implicasse ofensa ao princípio da continuidade, pois era necessário que antes se averbasse a decisão judicial que dera essa renúncia por ineficaz. Porém, como essa averbação não se fez, não era possível que se deferisse o registro *stricto sensu*, e é procedente a dúvida, tal como suscitada.

A apelante alegou que não seria necessário expedir um mandado de cancelamento em cada execução fiscal, porque na decisão de homologação de acordo e adjudicação já haveria constado que a renúncia não seria eficaz contra a apelante e a executada. Portanto, o registro *stricto sensu* poderia ser feito, ou em consonância com a decisão de adjudicação, ou, pelo menos, sem a necessidade de um mandado de averbação específico para cada imóvel adjudicado.

É o relatório.

2. Respeitado o entendimento do Desembargador Relator, não conheço do recurso de apelação.

A dúvida (fls. 02-08) fora suscitada porque, segundo o ofício de registro de imóveis, o pretendido registro *stricto sensu* (= da carta de adjudicação em execução forçada – fls. 27-144) só podia ser deferido se antes se fizesse, em cada matrícula, certa averbação (= a da ineficácia da renúncia da executada ao domínio sobre os imóveis adjudicados – cf. fls. 56). A sentença (fls. 150-154) decidiu que a exigência fora corretamente formulada, ou seja, que o registro *stricto sensu* só teria lugar se realmente fosse feita, antes, a averbação que o ofício de registro de imóveis apontara como necessária.

Ora, como se vê em requerimento posterior à sentença (fls. 157-158) e nas próprias razões de apelação (fls. 170), a parte apelante terminou por

Jurisprudência - CSM

Acesso ao Sumário

concordar em que se fizesse a averbação, contanto que fosse "expedido apenas um mandado que sirva para todas as matrículas imobiliárias". Portanto, a apelante expressamente aceitou a sentença, e agora só lhe cumpre atendê-la, providenciando as averbações necessárias; quanto a seu recurso, esse está prejudicado, nos termos art. 503, *caput*, do Cód. de Proc. Civil.

Não cabe, aqui, determinar averbação, como condição para que se faça o registro *stricto sensu* pretendido. Em primeiro lugar, este Conselho só tem competência para conhecer e julgar casos de registro *stricto sensu* (LRP/1973, art. 167, I). Em segundo lugar, ou a averbação é necessária, e a parte a ela não quis proceder, e a dúvida é procedente; ou a averbação é necessária, e a parte conformou-se a tanto, e o recurso de apelação está prejudicado. O que não é possível, dentro do sistema recursal da LRP/1973, é determinar averbação para deferir registro, o que em verdade significa dizer, simplesmente, que este não era cabível, no momento em que o título fora apresentado.

Por fim, também não é da competência deste Conselho dizer se para as averbações necessárias devam ser passados vários mandados de averbação (um para cada execução fiscal ou matrícula) ou um só (que compreenda todas as execuções e todos os imóveis envolvidos): à apelante é que compete requerer o que lhe parecer devido ao juízo competente, que proverá o que for mais adequado.

3. Ante o exposto, **voto pelo não conhecimento do recurso de apelação**.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Privado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006016-31.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes CONDOMÍNIO RESIDENCIAL RIO TOCANTINS e COMISSÃO DE REPRESENTANTES DO CONDOMÍNIO RESIDENCIAL RIO TOCANTINS, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO, V.U. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DESEMBARGADOR ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.132)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO

Acesso ao Sumário

NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO E OUTRAS AVENÇAS – IRRESIGNAÇÃO PARCIAL – INADMISSIBILIDADE – DÚVIDA PREJUDICADA – EXAME, EM TESE, DAS EXIGÊNCIAS IMPUGNADAS, A FIM DE ORIENTAR EVENTUAIS NOVAS QUALIFICAÇÕES – AUSÊNCIA DE ALVARÁ DO JUÍZO DA FALÊNCIA – NEGÓCIO JURÍDICO COM NATUREZA JURÍDICA DIVERSA DA QUE LHE FOI DADA NO TÍTULO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Condomínio Residencial Rio Tocantins e outro objetivando a reforma da r. decisão de fls. 109/110, que manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Ibiúna, referente ao registro de Escritura Pública de Confissão de Dívida, Promessa de Dação em Pagamento e Outras Avenças (fls. 47/48).

Alegam os recorrentes, em suma, que o instrumento de Confissão de Dívida e outras avenças contém retificação à Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada na mesma data. Sustentam que constam daquele documento informações quanto à forma de pagamento do imóvel objeto da Escritura Pública de Compra e Venda, que por equívoco constou da escritura como quitado, dando publicidade a terceiros de que o imóvel não foi pago, pois a adquirente faliu e não construiu os apartamentos que seriam dados em pagamento, conforme escritura que pretende registrar. Aduzem que não importa o nome dado ao documento, mas sim o seu conteúdo. Requerem o registro somente da parte do documento que se refere à "retificação de escritura pública de compra e venda, no que concerne à sua quitação e pagamento do preço", inserida em "outras avenças" da "Escritura Pública de Confissão de Dívida, Promessa de Dação em Pagamento e Outras Avenças".

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso

Jurisprudência - CSM

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

ou, caso conhecido, pelo seu não provimento (fls. 129/131).

É o relatório.

Inicialmente, como bem frisou a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, o recurso deve ser julgado prejudicado.

Os motivos da recusa do registro pretendido foram: a) necessidade de retificação da escritura; b) falta de previsão legal para o registro, porque o título não consta do rol do art. 167, I, da Lei nº 6.015/73; c) ausência de alvará do Juízo da Falência para a prática de qualquer ato de registro ou averbação do alvará judicial.

Os apelantes, contudo, impugnaram apenas as duas primeiras exigências, concordando com a apresentação do alvará judicial, embora alegue que, em casos análogos, a apresentação do alvará não foi suficiente a autorizar o registro. Ao recorrer, nada mencionou com relação a esta exigência.

A despeito do esforço do apelante, fato é que a jurisprudência deste C. Conselho Superior é tranquila no sentido da impossibilidade de se prolatar decisão condicional nos casos de impugnação parcial:

"*A posição do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, como bem ressaltado pelo digno Procurador de Justiça, é tranquila no sentido de se ter como prejudicada a dúvida, em casos como o que se examina, em que admitida como correta uma das exigências, não sendo a outra cumprida, posto que permanece a impossibilidade de acesso do título ao fólio. Nesse sentido os julgados das Apelações Cíveis números 54.073-0/3, 60.046-0/9, 61.845-0/2 e 35.020-0/2. Posicionar-se de maneira diversa importaria admitir uma decisão condicional pois, somente se atendida efetivamente a exigência tida como correta é que a decisão proferida na dúvida, eventualmente afastando o óbice discutido, é que seria possível o registro do título. A discussão parcial dos óbices, por outro lado, sem cumprimento daqueles admitidos como corretos, possibilitaria a prorrogação indevida do prazo de prenotação, com consequências nos efeitos jurídicos desta decorrentes, tal como alteração do prazo para cumprimento das exigências ou a prorrogação da prioridade do título em relação a outro a ele contraditório.*" (Apelação Cível nº 93.875-0/8).

Acesso ao Sumário

Prejudicada a dúvida, o recurso não poder ser conhecido, o que não impede o exame – em tese – das exigências impugnadas <u>a fim de orientar futura prenotação</u>.

Neste ponto, vale destacar que referido exame em nada se confunde com "consulta", na exata medida em que há situação concreta em discussão nos autos, qual seja, os motivos pelos quais ao título foi negado o registro.

O fato de o título ter sido apresentado em cópia, ou o interessado ter impugnado apenas parte das exigências, concordado com algumas delas, ou juntado documentos para cumpri-las durante o trâmite da dúvida não faz desaparecer a questão concreta existente e debatida nos autos, transformando-a

em consulta.

Em outras palavras, a ausência de um dos requisitos que permitem o exame do mérito da dúvida não a converte em consulta.

A hipótese é, portanto, de exame em tese de caso concreto e não caso em tese, o que é diferente.

A análise das exigências desde logo representa, ainda, importante instrumento de pacificação social e de contenção de distribuição de ações desnecessárias ao Judiciário.

É que o exame das exigências na dúvida prejudicada já serve de guia, de norte, tanto para o registrador quanto para o interessado no registro. Pode-se citar o caso do título apresentado em cópia. Suponha-se que a qualificação do registrador seja flagrantemente contrária à jurisprudência do C. Conselho Superior da Magistratura. Por que não esclarecer, desde logo, que, apresentada a via original do título – cuja autenticidade ficará a cargo do registrador quando da reapresentação para nova qualificação –, o registro deverá ser efetivado (isso, claro, desde que não ocorra superveniência de fato impeditivo)? Por que submeter o interessado a novo processo de dúvida?

Não há razão jurídica – nem prática – para se furtar à realidade e simplesmente "não conhecer do recurso" sem examinar o caso concreto posto, obrigando o interessado a ajuizar nova dúvida registral, cujo desfecho será o mesmo.

Há ainda outro aspecto a ser mencionado. Em virtude de suas peculiaridades e da não obrigatoriedade da participação de advogado, diversas são as dúvidas registrais que terminam sendo julgadas prejudicadas.

Se este Conselho Superior da Magistratura deixar de examinar as questões concretas existentes nos autos das dúvidas prejudicadas, dará ensejo, ainda, a uma injustificada estagnação registral, haja vista que diversas questões registrais importantes e novas foram e têm sido resolvidas em dúvidas prejudicadas, podendo-se citar, recentemente, o caso paradigma de regularização fundiária, cujo v. acórdão[1], embora não tenha conhecido do recurso, fez longo exame do novo panorama da regularização fundiária trazido pela Lei nº 11.977/09, que serviu de base para a subsequente edição do Provimento CG nº 18/2012, que já possibilitou a regularização de milhares de imóveis.

Por todos esses motivos é que, sempre respeitado o entendimento diverso, a prejudicialidade da dúvida não impede o exame em tese das exigências, como se passa a fazer.

Por meio da escritura pública de compra e venda lavrada em 03.05.93, nas notas do 1º Tabelião de Notas de Campinas, Athol Campinas Construção Civil Ltda. adquiriu de Nelson Alite Junior o imóvel descrito na matrícula nº

1 Apelação Cível nº 3529-65.2011.8.26.0576 (rel. Des. José Renato Nalini)

64.251, do 2º Registro de Imóveis de Campinas (v. R. 01 – fl. 11).

Em 05.04.94, a proprietária Athol Campinas Construção Civil Ltda. registrou a incorporação denominada "Condomínio Residencial Rio Tocantins" (R. 02 – fls. 11/13v).

Em 30.01.14, o Condomínio Residencial Rio Tocantins apresentou para registro a escritura pública de confissão de dívida, promessa de dação em pagamento e outras avenças, lavrada em 03.05.1993 nas notas do 1º Tabelião de Campinas, por meio da qual Athol, devedora e promitente, declara que tornou devedora de Nelson Alite Junior, credor e promissário, do valor de Cr$ 1.084.833.097,00 em razão do preço da compra e venda do imóvel registrado sob o número 01, da matrícula nº 64251, do 2º Registro de Imóveis de Campinas.

O título recusado, depois de fazer referência à origem do débito (venda do imóvel), traz a seguinte informação:

> *embora o preço da venda declarado naquela escritura acima referida*[2] *tenha constatado como pago, na realidade tal preço é representado por obrigações várias, conforme convencionaram em contrato particular celebrado em 20 de março de 1991, cuja liquidação dar-se-á mediante DAÇÃO EM PAGAMENTO, que ela outorgante obriga-se a fazer ao outorgado das unidades que corresponderão a apartamentos e vagas de estacionamento a serem designados pela outorgante no empreendimento denominado por RESIDENCIAL RIO TOCANTINS, e que corresponde a 19% (dezenove por cento) da área de terreno acima mencionado* (fls. 47/48).

Conquanto se tenha dado nome de dação em pagamento, a hipótese configura, em verdade, novação porque não se estipula a imediata transferência do domínio dos bens que compõem o pagamento (entrega de uma coisa por outra), mas simples substituição de uma obrigação de dar (pecuniária) por uma nova de fazer (firmar contratos definitivos de transferência dos imóveis ao credor).

Veja-se, a propósito, o que decidiu o Conselho Superior da Magistratura nos autos da Apelação nº 040017-0/0 (rel. Márcio Martins Bonilha, j. 17.02.98), em caso em que também se examinou a real natureza jurídica do negócio jurídico contido no título apresentado a registro:

> *Convencionaram as partes, porém, a extinção da obrigação pecuniária e sua substituição por uma nova (obligatio faciendi), consistente da venda futura de um imóvel. Não há, assim, falar em pagamento, porque se operou o desaparecimento do vínculo preexistente, mas sem a devida prestação. Houve apenas o nascimento de outro vínculo, criado com a finalidade simultânea de extinguir a primeira e fazer nascer uma segunda obrigação. É o que se denomina novação, a teor do artigo 999 do Código*

Acesso ao Sumário

2 é a escritura de compra e venda por meio do qual Athol adquiriu o domínio do imóvel de Nelson, registrada sob o nº 1, da M. 64.251, do 2º RI

*Civil. O negócio foi próximo a uma dação em pagamento, com a **<u>sutil diferença (essencial para distinguir os negócios)</u>** de que não houve a entrega de uma coisa por outra, com imediata transferência do domínio do bem que é seu objeto, mas simples substituição de uma obrigação de dar (pecuniária) por uma nova obrigação de fazer (firmar contrato definitivo). Não desnatura o negócio (novação) o fato da nova obrigação estar sujeito a condição resolutiva, ou direito potestativo de retrato, pois, realizada a conditio, a obrigação velha sobrevive, porque novação então não haverá (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 14a Edição, Forense, vol. II, pág. 163). ... Em suma, o negócio jurídico da novação pode gerar aos recorrentes direito de crédito e execução específica para obtenção de sentença substitutiva da vontade da devedora em firmar o contrato definitivo. Somente então haverá título hábil para a criação de direito real e consequente ingresso no assento imobiliário.* (O grifo não consta do original)

Como se vê, o título, na forma em que constituído, não poderia mesmo ter acesso ao registro de imóveis, cabendo relembrar que também a ausência de alvará do Juízo da Falência para o registro configura óbice ao registro pretendido.

Vale anotar, por fim, que o registro de imóveis não tem por finalidade dar publicidade de eventual inadimplemento contratual.

Ante o exposto, prejudicada a dúvida, não conheço do recurso.

<u>DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR</u>

(Voto nº 29.760)

1. Condomínio Residencial Rio Tocantins e Comissão de Representantes do Condomínio Residencial Rio Tocantins interpuseram apelação contra a sentença que deu por procedente a dúvida suscitada pelo 2º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas. Segundo essa decisão, a escritura pública apresentada não seria suscetível de registro (pois se referiria somente a uma promessa de dação em pagamento) e teria de ser retificada, razão pela qual teve de ser mantida a recusa do ofício de registro de imóveis.

Ao suscitar dúvida, o oficial levantara, ainda, uma terceira exigência, ou seja, a apresentação de alvará judicial. Os apelantes concordaram com tal exigência, ao impugnar a dúvida, e na apelação não mencionaram nada a esse respeito.

2. Respeitável é o entendimento do eminente Desembargador Relator ao dar por prejudicada a dúvida. Isto porque, as apelantes de fato só impugnaram algumas das exigências feitas para o registro *stricto sensu* pretendido.

No entanto, diverge-se quanto à apresentação de solução que, em tese, deveria dar-se ao caso, na hipótese de conhecimento do recurso.

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

Em primeiro lugar, este Conselho só há de conhecer do mérito, se antes não conhecer de preliminar que com ele seja incompatível (CPC/1973, art. 560, *caput*). Disso se conclui que, se houver (como *in casu* houve) preliminar que impeça o exame do mérito, sobre ele não cabe pronunciamento. Há de ser entregue a prestação jurisdicional, e não mais que isso. Como diz Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1975, tomo VIII, p. 266):

> Se a decisão na preliminar processual ou na questão prejudicial elimina o julgamento do mérito, claro que não mais se prossegue; julgado está o feito; a decisão, por si só, é terminativa.

Como se sabe, as decisões deste Conselho gozam de inegável prestígio e (como salienta o Desembargador Relator), servem de orientação para registradores, tabeliães, juízes e partes. Justamente por isso é que os acórdãos devem contar o que a lei efetivamente permite que seja objeto do julgamento de todos os integrantes do Conselho. No caso de dúvida prejudicada, esse objeto, como se disse, restringe-se à matéria preliminar; logo, a nenhum integrante do colegiado é permitido valer-se da ocasião para inserir e fazer prevalecer a sua opinião sobre a matéria de fundo, sem que esta, contudo, pudesse ter sido legalmente examinada, discutida e votada por todos os integrantes do Conselho. Ademais, a propositura de medidas convenientes ao aprimoramento dos serviços das delegações notariais e de registro e estabelecer a respectiva orientação superior é tarefa do Corregedor Geral da Justiça (Regimento Interno, art. 28, XVIII e XXXI), mas não do Conselho Superior da Magistratura, que, em matéria notarial e registral é chamado a decidir processos (Regimento Interno, art. 16, IV).

Em segundo lugar, é entendimento consolidado que o Poder Judiciário – mesmo no exercício de função administrativa, como seja a corregedoria dos serviços extrajudiciais – não é órgão consultivo, e que as consultas só muito excepcionalmente se devem admitir, em hipóteses de extrema relevância:

> Ora, por tudo isso se evidencia a completa carência de interesse e legitimação para o reclamo assim tão singularmente agitado, por quem, não dispondo, ainda, da titularidade do domínio (condomínio), não poderia alegar lesão ou ameaça de lesão, por parte da administração, a um direito seu, que sequer existe. **O pedido, na verdade, traduziria inconcebível e descabida consulta dirigida ao Judiciário, ainda que na sua função atípica de agente administrativo, sobre interpretação e aplicação, em tese, das leis e regulamentos**. Nesse sentido, é da melhor doutrina que a “reclamação administrativa é a oposição expressa a atos da Administração, que afetem direitos ou interesses legítimos dos administrados. O direito de reclamar é amplo, e se estende a toda pessoa física ou jurídica que se sentir lesada ou ameaçada de lesão pessoal ou patrimonial por atos ou fatos administrativos” (Hely Lopes Meirelles,

Acesso ao Sumário

Direito Administrativo Brasileiro, 3ª ed., Revista dos Tribunais, p. 617 e Caio Tácito, Direito Administrativo, 1975, Saraiva, p. 29), pressupostos esses que, absolutamente ausentes na hipótese, inviabilizam, por completo, a postulação inicial. (Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, Proc. 53/1982, parecer do juiz José Roberto Bedran, 22.7.1982, g. n.)

A E. Corregedoria Geral da Justiça, *em regra*, e conforme pacífica orientação, **não conhece de *consultas*, cujo exame, portanto, excepcional, fica condicionado à peculiaridade do assunto, sua relevância e o interesse de âmbito geral da matéria questionada**. (Corregedoria Geral da Justiça, Proc. CG 10.715/2012, Des. José Renato Nalini, j. 18.12.2013).

Como é sabido, **não cabe a este Juízo responder a consultas formuladas pelo interessado, pois a sua função primordial é solucionar conflitos e não figurar como consultor jurídico**. Além disso, como bem observou a Douta Promotora: "Conforme já decidiu a E. Corregedoria Geral da Justiça, em parecer exarado pelo então Juiz Auxiliar da Corregedoria, Dr. Hélio Lobo Júnior, no procedimento n° 27.435/88 (02/89): "...é inconcebível e descabida consulta dirigida ao Judiciário, ainda que na sua função atípica de agente administrativo, sobre interpretação e aplicação, em tese, das leis e regulamentos (cf. ementa 10.2, das Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça – Ed. RT, 1981/1982, p. 24). Neste mesmo sentido, manifestou-se o Dr. Aroldo Mendes Viotti, D. Juiz Auxiliar da Corregedoria, em parecer proferido nos autos do procedimento n° 113/90 (567/90), onde consta: "O comando emergente do dispositivo da r. sentença não pode – por isso – prevalecer, porquanto não é dado ao Juízo Corregedor Permanente emitir declaração positiva ou negativa de registro de título no Ofício Predial sem regular instauração de procedimento de dúvida, e sem que, consoante o devido procedimento de lei, se materialize o dissenso entre particular e registrador acerca daquele ato de registro. A atuação do Juízo da dúvida dirige-se tão somente à revisão da atividade do registrador, devolvendo-se-lhe a tarefa de qualificação a este cabente em primeiro momento: não pode o Juízo administrativo, porém, substituir-se ao Oficial nessa primeira atividade, isto é, apreciar a registrabilidade de título sem que o responsável pelo Cartório Predial, em momento anterior, o faça. Por incômodo ou intrincado que se revele o ônus de qualificação dos títulos, dele deverá se desincumbir o Serventuário, nada justificando busque transferi-lo a terceiros. Também se presume detenha o titular da Serventia Imobiliária capacitação técnica não apenas para operacionalizar os comandos legais que disciplinam a questão da preferência a registro de títulos constitutivos de direitos reais reciprocamente contraditórios, como, igualmente, para conhecer os efeitos jurídicos que possam advir das medidas previstas nos arts. 867 e ss. (Seção X, Livro III) do CPC. Por isso, não cabia ao Juízo Corregedor

Jurisprudência - CSM

Acesso ao Sumário

fornecer resposta à consulta do Serventuário. Também não lhe era dado determinar registro de títulos à margem do procedimento legal, e sem que o registrador se houvesse previamente desincumbido de seu ônus de emitir juízo conclusivo a respeito de sua registrabilidade". (Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo, autos 1023331-97.2014.8.26.0100, Juíza Tania Mara Ahualli, j. 16.05.2014)

3. Ante o exposto, **não conheço do recurso de apelação**.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Privado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019371-42.2013.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante DIDIO KOZLOWSKI, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NULIDADE E DETERMINARAM O RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA, PARA QUE NOVA SENTENÇA SEJA PROFERIDA. VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, QUE DECLARARÁ VOTO DIVERGENTE, E GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.134)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – REGISTRO DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA – CARTA DE ARREMATAÇÃO ANTERIORMENTE REGISTRADA – MANUTENÇÃO DAS PENHORAS EM FAVOR DA FAZENDA NACIONAL – INDISPONIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 53, § 1º, DA LEI N. 8.212/91 – NEGATIVA DE REGISTRO DA ESCRITURA, EM

FACE DA INDISPONIBILIDADE – SENTENÇA QUE MANTEVE A NEGATIVA, MAS NÃO APRECIOU O MÉRITO DA DÚVIDA – NULIDADE – RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA, PARA NOVO JULGAMENTO.

Jurisprudência - CSM

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada em face da negativa de registro de escritura de compra e venda, e posteriores aditamentos, tendo por objeto o imóvel de matrícula n. 47.265.

A negativa deveu-se ao fato de que, não obstante o imóvel tenha sido arrematado em execução que correu perante a Justiça do Trabalho, o registro da carta de arrematação não fez cancelar as penhoras averbadas em favor da Fazenda Nacional. Como o art. 53, § 1º, da Lei n. 8.212/91 determina a indisponibilidade dos bens penhorados em favor da Fazenda, a escritura pública, que traduz ato de alienação voluntária, não poderia ser registrada. O registro só seria possível se levantadas as penhoras, o que, por sua vez, deve ser feito pelos Juízos de onde elas emanaram.

O interessado alegou que a arrematação é forma originária de aquisição da propriedade. Por isso, uma vez registrada, as penhoras não mais subsistiriam. E, insubsistentes as penhoras, não haveria de se falar em indisponibilidade. Por consequência, nada impediria a alienação voluntária posterior e o registro do título.

O MM. Juiz de primeira instância, contudo, entendeu que a questão se circunscrevia à negativa de registro da carta de arrematação. E julgou procedente a dúvida, como se essa tivesse sido a discussão.

Sobrevieram embargos de declaração, mas a eles foi negado provimento.

Em preliminar de apelação, o recorrente pede a declaração de nulidade da sentença e o retorno dos autos à primeira instância. No mérito, repete os termos de sua irresignação.

A Douta Procuradoria opinou pelo acolhimento da preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A sentença é mesmo nula.

Inobstante a oposição de embargos de declaração, o MM. Juiz de primeira instância não atentou ao fato de que a questão discutida nestes autos não se refere ao registro da carta de arrematação do imóvel – ela já foi registrada –, mas ao registro da escritura de compra e venda, que traduz a alienação dos arrematantes a terceiros.

Acesso ao Sumário

O mérito, na verdade, liga-se à pretensão de registrar a escritura, superando o óbice da indisponibilidade, que decorre das penhoras a favor da Fazenda Nacional, subsistentes mesmo após a arrematação.

O recorrente entende ser possível o registro, sob a alegação de que a arrematação é forma originária da aquisição da propriedade e, então, as penhoras teriam deixado de subsistir após o registro da carta. Logo, não haveria qualquer indisponibilidade com o condão de obstar a alienação voluntária.

O Oficial afirma que as penhoras devem ser canceladas pelos Juízos que as determinaram. Ate lá, elas subsistem, não obstante o registro de carta de arrematação. E, subsistentes as penhoras, a indisponibilidade, decorrente do art. 53, § 1º, da Lei n. 8.212/91, impede a alienação voluntária e, via de consequência, o registro da escritura de compra e venda.

Essa é a controvérsia que deve ser dirimida. Essa foi a questão posta a exame ao Juízo de primeiro grau. No entanto, a sentença não tratou da controvérsia. Ao contrário, limitou-se à transcrição de doutrina e jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura, sem descer ao exame da possibilidade do registro da escritura de compra e venda. Longe disso, mencionou que se trataria de verificar a possibilidade de registro da carta de arrematação, o que sequer está em discussão, já que esse título foi registrado anteriormente.

Dessa forma, a sentença é mesmo nula e há necessidade de retorno dos autos à instância inferior, para que o mérito seja, de fato, enfrentado, sem o que ocorreria supressão de um grau de jurisdição.

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, acolho a preliminar de nulidade e determino o retorno dos autos à primeira instância, para que nova sentença seja proferida.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 29.765)

1. Nestes autos de dúvida, foi interposta apelação contra sentença dada pelo Juízo Corregedor Permanente do 2º Ofício de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos, e Civil de Pessoas Jurídicas de Jundiaí. Essa decisão manteve a negativa de registro *stricto sensu* de uma carta de arrematação, porque o imóvel arrematado estava indisponível por força de penhoras averbadas em favor da Fazenda Nacional (Lei n. 8.212/1991, art. 53, § 1º).

O interessado, sem sucesso, opôs embargos de declaração contra a sentença, pois *in casu* não se tratava de registro *stricto sensu* de carta de arrematação, mas da escritura pública de compra e venda de imóvel que já fora arrematado, não obstante pendessem, sobre ele, penhoras em favor da Fazenda

Acesso ao Sumário

Nacional.

O interessado apelou, e argui, em preliminar, a nulidade da sentença e, no mérito, os termos de sua impugnação à dúvida.

É o relatório.

2. Respeitado o entendimento do Desembargador Relator, deve-se dar provimento ao recurso de apelação, para desde logo negar-lhe provimento e declarar procedente a dúvida.

A controvérsia posta nestes autos versa sobre o registro *stricto sensu* de escritura de compra e venda de imóvel que já tinha sido arrematado, conquanto sobre ele pendessem penhoras em favor da Fazenda Nacional.

A sentença, porém, apreciou a possibilidade de registro *stricto sensu* de carta de arrematação. Ou seja: deixou de apreciar a questão verdadeiramente posta em juízo e é, portanto, nula.

Entretanto, considerando que aqui se trata somente de questões de direito, e que a dúvida, regularmente processada, está em condições de imediato julgamento, então é possível apreciar o mérito desde logo, sem necessidade de remeter os autos à inferior instância, nos termos do art. 515, § 3º, do Cód. de Proc. Civil.

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (g. n.):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO SANADA. SEGUNDOS DECLARATÓRIOS. INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL. EFEITOS INFRINGENTES. ERRO DE PREMISSA. POSSIBILIDADE. PUBLICAÇÃO DE SENTENÇA DURANTE SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO DE EFEITOS SOMENTE APÓS O TÉRMINO DA SUSPENSÃO. APELAÇÃO TEMPESTIVA. VIOLAÇÃO AO § 3º DO ART. 515 DO CPC. INOCORRÊNCIA. TERMO DE REDUÇÃO DE PENHORA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. VÍCIO SANÁVEL. AFASTADA NULIDADE DO PROCESSO. DETERMINAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. PRECLUSÃO. 1. Os embargos declaratórios somente deixam de interromper o prazo dos demais recursos nas hipóteses de intempestividade ou irregularidade formal. 2. Admitem-se embargos de declaração com efeitos infringentes para a correção de premissa equivocada sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado. 3. Durante a suspensão do processo, não é possível a prática de ato processual, salvo aqueles urgentes, a fim de evitar dano irreparável (art. 266 do CPC). Assim, a publicação de sentença, no período em que o processo estava suspenso, considera-se feita no primeiro dia útil seguinte ao término da suspensão. 4. **Não viola o § 3º do art. 515 do CPC o julgamento do mérito da demanda pelo Tribunal, estando a causa madura e anulada a sentença meritória por *error in procedendo*, sobretudo quando a parte, na apelação, tenha também se insurgido contra questão de mérito, devolvendo-a ao Tribunal.** 5.

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

> A ausência de assinatura no termo de redução da penhora não constitui hipótese de nulidade absoluta, não justificando a anulação do processo executivo sem a demonstração de prejuízo. Entendimento que prestigia os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, bem como a teoria das nulidades processuais. 6. A preclusão é fenômeno que atinge as questões já decididas no processo. 7. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. Recurso especial provido. (EDcl no REsp 1236276/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

No mérito, a dúvida é procedente, tal como suscitada.

Como determina a LRP/1973, art. 252, uma inscrição *lato sensu*, enquanto não estiver cancelada, produz todos os seus efeitos legais, ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.

No caso, ainda constam penhoras averbadas em favor da Fazenda Nacional. Essas penhoras, enquanto não forem canceladas, impedem a alienação voluntária do imóvel; portanto, como ficou dito no termo de dúvida, o registro *stricto sensu* da compra e venda é mesmo impossível.

Note-se que não cabe discutir, aqui, se a arrematação em execução forçada judicial fez ou podia ter feito extinguir essas penhoras, porque, seja qual for a resposta, fato é que as averbações subsistem e, como dito, produzem seus efeitos enquanto não forem canceladas, e até lá o imóvel estará indisponível para a alienação por ato voluntário.

É o que este Conselho decidiu recentemente:

> Registro de imóveis – Dúvida – Escritura pública de confissão de dívida com pacto adjeto de constituição de propriedade fiduciária e outras avenças – Imóvel indisponível – Penhora, em execução fiscal, a favor da Fazenda Nacional e da União – Recusa do registro com base no artigo 53, § 1º, Lei 8.212/91 – Alienação voluntária – Irrelevância da aquisição anterior por alienação forçada – Registro inviável – Dúvida procedente – Recurso desprovido, com observação. (Apel. Cív. 3003761-77.2013.8.26.0019, Rel. Hamilton Elliot Akel, j. 3.6.2014)

3. Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000543-41.2013.8.26.0601, da Comarca de Socorro, em que é apelante ARTUR CORIS ARRELARO E OUTROS, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE

IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE SOCORRO.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DESEMBARGADOR ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.129)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – RECUSA DE INGRESSO DE ESCRITURA DE DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO AO DOADOR, E, APÓS A MORTE DESTE, À SEU CÔNJUGE – PEDIDO DE CISÃO DO TÍTULO PARA QUE DELE SEJA EXCLUÍDA A TRANSMISSÃO DO USUFRUTO APÓS A MORTE DO DOADOR USUFRUTUÁRIO – CISÃO QUE AFETA ATO DE VONTADE PRATICADO – NECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DO PEDIDO POR TODOS QUE PARTICIPARAM DO ATO – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ROGAÇÃO OU DA INSTÂNCIA E DA LEGALIDADE, QUE DEVEM NORTEAR A QUALIFICAÇÃO REGISTRÁRIA – DÚVIDA PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Socorro, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a exigência decorrente do exame da escritura pública de doação de imóvel com reserva de usufruto ao doador e transmissão a sua esposa após sua morte, sob o fundamento de que não é possível cindir o título para registrar apenas a doação e a reserva do usufruto ao doador, apartando-se a cláusula da transmissão do usufruto à esposa do doador, conforme pleiteado, sem que haja anuência da viúva do doador, na consideração de que é induvidosa a intenção do doador de reservar para si e sua

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

esposa a utilidade do bem doado pondo-a a termo, apenas e tão somente, quando da morte de ambos.

Os apelantes afirmam que é possível cindir o título e que não houve observância dos limites legais da qualificação registrária, pois não compete ao Oficial e ao MM. Juiz Corregedor Permanente, interpretarem ou suporem a vontade das partes. Dizem que o registro não é absoluto nem incontestável, que os efeitos do registro pretendido não importam em nenhuma violação de direitos, porque a cláusula de transmissão que se pretende cindir é tida como nula, e que o prejuízo existe pelo fato de a doação não ter sido registrada, o que impede a formalização da ocupação do imóvel. Citam precedentes. Acrescentam que ocorreu até mesmo manifestação de terceiros não qualificados, de maneira a criar um rito procedimental inexistente na legislação.

Houve apresentação de contrarrazões por Ivone Apparecida Del Corso Arrelaro como terceira interessada, manifestando discordância com o registro do título.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O procedimento de dúvida está previsto no artigo 198 da Lei de Registros Públicos. A legitimidade para impugná-la e interpor recurso, está prevista nos artigos 199 e 202 da mesma Lei, que assim dispõem:

"*Art. 199. Se o interessado não impugnar a dúvida no prazo referido no item III do artigo anterior, será ela, ainda assim, julgada por sentença.*"

"*Art. 202. Da sentença, poderão interpor apelação, com os efeitos devolutivo e suspensivo, o interessado, o Ministério Público e o terceiro prejudicado.*"

"Interessado" não é apenas aquele em cujo nome será feito o registro, mas também aquele que possa ter um direito atingido se o título for registrado, e "terceiro prejudicado" é todo aquele que, não sendo interessado, possa demonstrar prejuízo consequente da realização do registro ou de sua vedação.

No caso em tela, quer se considere a viúva do doador "interessada", quer se considere "terceira interessada", não há dúvida quanto à sua legitimidade. Não obstante, a dúvida é do Oficial, e este a declara ao Juiz, de modo que é impertinente pretender discutir eventual conflito de direito entre o suscitado e a interessada, matéria estranha ao âmbito da dúvida e inerente à via contenciosa.

Quanto à dúvida suscitada, a controvérsia é restrita à possibilidade ou não de cindir o título, e, consequentemente, de ser registrada apenas a doação e o usufruto reservado ao doador, excluída a transmissão do usufruto à esposa deste após a sua morte, na consideração de que os próprios apelantes reconhecem a nulidade da cláusula de transmissão do usufruto.

Consoante lições de Afrânio de Carvalho, o Oficial tem o dever de proceder

Acesso ao Sumário

ao exame da legalidade do título e apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e sua formalização instrumental (Registro de Imóveis, editora Forense, 4ª edição).

O exame da legalidade consiste na aceitação para registro somente do título que estiver de acordo com a lei.

Dentre os princípios que regem os registros públicos, um deles é o da instância ou rogação, previsto no artigo 13 da Lei de Registros Públicos, o qual reclama requerimento dos interessados acerca da inscrição (registro) de um título.

No caso vertente, o óbice ao registro não é propriamente a impossibilidade de cindir o título e sim a necessidade de que todos aqueles participantes do ato jurídico nele traduzido apresentem tal pretensão, pois, por se tratar de escritura pública de doação com reserva de usufruto ao doador e transmissão do usufruto após a morte deste à esposa, participante do ato, é da essência deste a manifestação de vontade de todos, portanto, a cisão para excluir esta transmissão e a reserva de usufruto nela estabelecida e que deve ser considerada integralmente, implica na modificação do ato de vontade das partes externada no título, ainda que o ato que se pretende cindir seja nulo, e, por tal razão, reclama a participação de todos, ou seja, o requerimento de todos neste sentido.

Não se trata, pois, de interpretar ou supor a vontade das partes, como afirmam os apelantes, e sim de observar os princípios e normas legais vigentes que impedem a modificação de um ato jurídico, sem a manifestação de todos que deles participaram, pois, do contrário, os princípios da instância ou rogação e da legalidade, os quais devem nortear a qualificação do título, estariam violados.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 29.745)

1. Nestes autos de dúvida, foi interposta apelação contra sentença dada pelo Juízo Corregedor Permanente do Ofício de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Socorro. Essa decisão manteve a negativa de registro *stricto sensu* de uma doação em que o doador Antonio Arrelaro não só reservou para si o usufruto sobre o imóvel doado, como ainda (e aí reside a dificuldade) estipulou que, em caso de sua morte, esse usufruto deveria ser transmitido para a sua mulher Ivone del Corso Arrelaro, com quem o doador era casado em regime da separação obrigatória de bens. A sentença fundou-se no fato de que a estipulação da transmissão do usufruto é nula, e que para o registro *stricto sensu* sem a cláusula nula seria necessária a anuência não só dos donatários, como ainda do cônjuge supérstite.

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

Alegam os apelantes que em tal caso a cisão do título seria possível, para que somente se fizesse o registro *stricto sensu* das disposições válidas, ou seja, somente da doação, mas não da cláusula em que se estipulara a transmissão do usufruto.

O cônjuge supérstite Ivone, como terceira prejudicada, apresentou contrarrazões e opôs-se ao registro *stricto sensu*.

É o relatório.

2. Na jurisprudência deste Conselho, a cisão do título formal foi admitida a partir do julgamento da Apel. Cív. 5.599-0 (Rel. Sylvio do Amaral, parecer do Juiz Ricardo Henry Marques Dip, j. 19.5.1986), quando ficou estabelecido o seguinte:

a) a cisão possível é a do título formal (= do instrumento), e não do título causal (= do fato jurídico que, levado ao registro de imóveis, dá causa à mutação jurídico-real);

b) a possibilidade de cisão decorre do princípio da unitariedade (ou unicidade) da matrícula (LRP/1973, art. 176, I): "No sistema anterior, do Decreto n.º 4.857, de 9/11/39, o regime de transcrição literal dos títulos interditava a cisão de seu conteúdo, cortando cerce a possibilidade de separar imóveis ou fatos jurídicos integrantes de único título. O ordenamento registral assentava-se no título, tomado em acepção figurada ou imprópria (instrumento que exterioriza a causa jurídica). Assim, a base do sistema registrário precedente não era o imóvel [...]. Perfilhada a unidade geodésica como base do sistema da Lei n.º 6.015, de 31/12/73, que revogou o Decreto n.º 4.857/39 (art. 299), a adoção do fólio real conduziu ao consequente reconhecimento de que o objeto da inscrição passou a ser o título em acepção própria (*rectius*: causa ou fundamento de um direito ou de uma obrigação)" (Apel Cív. 5.599-0; no mesmo sentido: CSMSP, Apel. Cív. 6.508-0, Rel. Sylvio do Amaral, j. 26.1.1987; CSMSP, Apel. Cív. 17.486-0/6, Rel. José Alberto Weiss de Andrade, j. 6.8.1993);

c) o título formal pode cindir-se em dois casos. O primeiro, quando um mesmo e único título formal disser respeito a mais de um imóvel: "admissão da cindibilidade dos títulos quanto aos imóveis deles objeto, quando mais de um prédio em mesmo instrumento se contiver com ressonância em situação jurídica real imobiliária." (Apel. Cív. 5.599-0; no mesmo sentido: Apel. Cív. 12.910-0/6, Rel. Onei Raphael, j. 16.9.1991; Apel. Cív. 285.948, Rel. Andrade Junqueira, j. 17.12.1979; Apel. Cív. 2.642-0, Rel. Bruno Affonso de André, j. 17.10.1983). Exemplos de cisão, neste primeiro caso, estão em Apel. Cív. 11.612-0/9, Rel. Onei Raphael, j. 17.9.1990; Apel. Cív. 35.544-0/3, Rel. Márcio Martins Bonilha, j. 11.10.1996; Apel. Cív. 33.358-0/0, Rel. Márcio Martins Bonilha, j. 10.3.1997; e Apel. Cív. 583-6/1, Rel. Gilberto Passos de Freitas, j. 30.11.2006;

Acesso ao Sumário

d) o segundo, quando um mesmo e único título formal contiver dois ou

mais fatos jurídicos relativos a um mesmo e único imóvel, contanto que esses fatos jurídicos não constituam uma unidade indissolúvel: "Estende-se ainda a possibilidade de cisão dos instrumentos às hipóteses de pluralidade de fatos jurídicos concernentes ao mesmo imóvel, com a ressalva de que da multiplicidade de causas não sobrevenha unicidade negocial." (Apel. Cív. 5.599-0). Exemplos de cisão, neste segundo caso, estão em Apel. Cív. 12.910-0/6, Rel. Onei Raphael, j. 14.10.1991; Apel. Cív. 74.960-0/7, Rel. Luís de Macedo, j. 3.4.2001; e Apel. Cív. 282-6/8, Rel. José Mário Antonio Cardinale, j. 3.3.2005.

Da doutrina fixada na Apel. Cív. 5.599-0 decorre que a cisão do título formal *não* se admite, quando implicar:

a) alteração da vontade das partes (Apel. Cív. 1.918-0, Rel. Bruno Affonso de André, j. 7.7.1983; Apel. Cív. 59.966-0/4, Rel. Sérgio Augusto Nigro Conceição, j. 10.9.1999);

b) cisão do negócio jurídico (ou seja, do título causal), para aproveitamento de parte válida (CSMSP, Apel. Cív. 17.486-0/6, Rel. José Alberto Weiss de Andrade, j. 6.8.1993);

c) violação ao princípio da instância (Apel. Cív. 12.941-0/7, Rel. Onei Raphael, j. 23.9.1991);

d) ininteligibilidade da inscrição resultante (Apel. Cív. 59.953-0/5 e Apel. Cív. 59.954-0/0, Rel. Sérgio Augusto Nigro Conceição, j. 6.12.1999); e

e) cisão de mandado de usucapião do domínio, em que também se haja mandado proceder ao registro *stricto sensu* de servidão (Apel. Cív. 9000002-60.2011.8.26.0443, Rel. José Renato Nalini, j. 30.8.2012).

Entretanto, com o tempo a ideia de cisão passou a ser entendida em sentido mais largo, ou seja, não só para significar a partição do título formal, mas também para permitir:

a) que se tirassem do título formal somente as informações relevantes para certa inscrição (Apel. Cív. 25.887-0/0, Rel. Antônio Carlos Alves Braga, j. 5.10.1995); ou

b) que fosse atenuado o princípio da especialidade (Apel. Cív. 048258-0/8, Rel. Sérgio Augusto Nigro Conceição, j. 26.3.1999; Apel. Cív. 52.723-0/5, Rel. Sérgio Augusto Nigro Conceição, j. 29.11.1999; Apel. Cív. 83.293-0/3, Rel. Luís de Macedo, j. 20.12.2001; Apel. Cív. 339-6/9, Rel. José Mário Antonio Cardinale, j. 12.5.2005; CGJSP, Proc. 3.274/2008, Rel. Ruy Camilo, j. 27.2.2008; CSMSP, Apel. Cív. 990.10.247.068-7, Rel. Munhoz Soares, j. 24.11.2010; Apel. Cív. 0012955-74.2011.8.26.0100, Rel. Maurício Vidigal, j. 21.11.2011).

Nessas duas últimas hipóteses, na verdade já não se trata de cindibilidade do título formal, propriamente, mas apenas a invocar essa ideia para, em certos casos concretos, dizer qual o alcance e o sentido das regras que determinam o

Acesso ao Sumário

teor das inscrições *lato sensu* (caso *a*) ou do princípio da especialidade objetiva (caso *b*).

Para além disso, a ideia de cindibilidade passou a ser aplicada em sentido ainda mais amplo, para permitir que se separassem, nos negócios jurídicos, as partes eficazes, e se desprezassem as restantes, para permitir inscrição *lato sensu*. Assim, por exemplo, invocou-se a possibilidade de cisão do título para afastar cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas sem declaração de justa causa (Apel. Cív. 440-6/0, Rel. José Mário Antonio Cardinale, j. 6.12.2005; Apel. Cív. 0024268-85.2010.8.26.0320, Rel. Maurício Vidigal, j. 21.11.2011; Apel. Cív. 0008818-68.2012.8.26.0438, Rel. José Renato Nalini, j. 6.11.2013) ou estipuladas em negócios jurídicos onerosos (Apel. Cív. 0002464-95.2012.8.26.0480, Rel. Elliot Akel, j. 24.06.2014).

Em que pesem esses precedentes do Conselho, a cisão do título em verdade não pode ser empregada para permitir inscrições destacando as partes eficazes de negócios jurídicos. Essa "cisão" supõe que o oficial de registro de imóveis possa invocar e aplicar o Cód. Civil, art. 170 (*verbis* "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade."). Ora, essa invocação e aplicação não são possíveis, porque depende de uma ilação (= supor o que as partes haveriam querido, se tivessem previsto a nulidade) que extrapola os limites da qualificação registrária, que se circunscreve ao que consta no título e no próprio registro.

Ensina Ricardo Dip ("Sobre a qualificação no registro de imóveis", *in Registro de Imóveis (vários estudos)*, Porto Alegre: IRIB-Safe, 2005, p. 191-192):

> O recorte negativo pode-se sintetizar nesta redução: *quod non est in tabula et in instrumento non est in mundo*. A qualificação registrária move-se dentro desses lindes, inadmitindo-se sua projeção a diligências exógenas desses supostos epistêmicos objetivos. Não cabe, em geral, a inquirição de uma realidade extratabular, nem a oposição do conhecimento privado do registrador (Ascensão, 42), tampouco a consideração de provas não-literais (que não integrem, originariamente ou por supervenção, o título apresentado a registro).

Portanto, no caso destes autos, não cabe ao ofício de registro de imóveis nem à corregedoria permanente extirpar uma cláusula nula (= a da transmissão do usufruto, depois da morte do usufrutuário – cf. Cód. Civil, arts. 1.393, 1.410, I, e 166, VII) para fazer com que o restante do negócio jurídico (= a doação, com reserva de usufruto) seja passível de registro *stricto sensu*, mesmo que se invoque o princípio da cindibilidade. O registro *stricto sensu* não seria possível ainda que todos os interessados anuíssem (obviamente, por escritura pública) à extirpação da cláusula nula (anuência que, de resto, não existe). Mesmo que se

considerasse aplicável a regra do Cód. Civil, art. 170, *in casu* não há nada que permita supor que o doador poderia ter querido o registro da doação, se tivesse previsto a nulidade da cláusula da transmissão do usufruto, e sem essa prova não é lícito que se defira um registro que implique (ou que tenha potencial para implicar) modificação do que pretendera o doador.

Em suma: a pretensão dos apelantes de registro *stricto sensu* não é possível. Essa impossibilidade não pode ser contornada sequer pela regra da cindibilidade (em seu sentido mais amplo), a qual, por falta de amparo legal, em verdade não pode ser aplicada para destacar, de negócios jurídicos, as partes que sejam inválidas, somente para permitir inscrição *lato sensu*. A sentença de primeiro grau deve ser confirmada, para que também se mantenha a recusa do ofício de registro de imóveis.

3. Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido na Cerimônia Solene de outorga da "Medalha Ministro Pedro Rodovalho Marcondes Chaves" a magistrados e figuras de relevo que, por sua cultura, conduta e trabalho, contribuem para o prestígio do Poder Judiciário (Cerimônia realizada no Palácio da Justiça em 25.02.2015).

MEDALHA PEDRO RODOVALHO MARCONDES CHAVES

Sempre abominei a "tática das homenagens", praxe de outorga de títulos, comendas, áureas e medalhas a todo e qualquer detentor de uma partícula de poder. Ainda aluno do curso De Direito escrevi pequeno artigo a respeito, com o intuito de provocar uma reflexão entre os colegas. Não são os cargos que merecem reverência, pois há pessoas que se valem deles para consolidar sua reputação. Outros emprestam às funções que exercem o seu prestígio, a sua luz própria, enriquecem com sua titularidade cargos e posições.

Esta última é a circunstância e constatação comum aos três homenageados desta tarde. Cada um deles que merece os louros, o respeito e a admiração de seus coetâneos e da posteridade. Daí terem sido escolhidas como as primícias desse reconhecimento público por parte da Justiça bandeirante.

A elevada qualidade pessoal dos indicados, foi o ponto de partida para a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo resgatar a Medalha "Ministro Pedro Rodovalho Marcondes Chaves", proposta em 1998 por uma legenda na Magistratura brasileira, o Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA.

Acesso ao Sumário

Cultor das melhores tradições, com a postura heráldica de quem conhecia e se orgulhava de suas origens, homem sério, ético e de coerência extrema, ALVES BRAGA escolheu o Ministro Pedro Chaves para destacar personalidades que merecessem a honra de ter seu nome eternizado e cultuado pelas gerações atuais e por aquelas do porvir.

Pedro Rodovalho Marcondes Chaves nasceu em 6.7.1897 e faleceu em 14.7.1985. Paulistano, formou-se em 1919 pela Faculdade de Direito da USP e foi Juiz de Direito desde 1922, da primeira turma concursada. Passou por Palmeiras, Apiaí, Piedade, Olímpia, Assis, Sorocaba, Santos e Capital, disseminando sua

boa fama e colhendo estima e respeito. Tornou-se desembargador em 1940, foi Corregedor Geral da Justiça entre 1954-1955, presidiu este Tribunal em 1959, para o biênio 1960-1961, interrompido com sua nomeação para o Supremo Tribunal Federal em 26.4.1961, indicado pelo Presidente Jânio Quadros para substituir Nelson Hungria. Aposentou-se em junho de 1967.

Sua carreira não se limitou à Magistratura. Cidadão prestante nas cidades por onde judicou, organizou a Santa Casa de Olímpia, que leva seu nome. Historiador, genealogista, grande tribuno, foi professor universitário de renome, integrou por cinco vezes a Banca Examinadora de Concurso para Ingresso à Magistratura, tornou-se membro da Academia Paulista de Letras em 31.5.1973 e presidiu o Conselho Estadual de Honrarias e Mérito do Governo do Estado. Era um homem de caráter e de elevada cultura, um dos maiores vultos do Poder Judiciário da República.

Este sintético perfil se coaduna, em vários aspectos, na personalidade dos três nomes escolhidos pela Comissão de Honraria e Méritos do TJSP, sacramentados pelos demais circunspectos Colegiados do Judiciário de nosso Estado.

Pela primeira vez a Medalha "Pedro Chaves" é outorgada neste que é o maior e mais complexo Tribunal de Justiça do Planeta. E os três primeiros nomes a merecê-la correspondem, plenamente, à inspiração e finalidade de sua instituição.

O Desembargador FÁBIO PRIETO DE SOUZA é um dos mais jovens Presidentes do maior Tribunal Regional Federal do Brasil. Sua precocidade se manifestou desde cedo, pois ingressou no Ministério Público do Estado de São Paulo com 25 anos. Submeteu-se a novo certame público e ingressou na Magistratura Federal em 1991, classificado em 5º lugar no seu concurso.

Desde 1998 está na titularidade da Segunda Instância do TRF da 3ª Região, onde já presidiu Banca de Concurso de Ingresso, foi Corregedor Geral da Justiça e Diretor da Escola da Magistratura. Pioneiro, moderno e antenado com o futuro, é uma das expressões confirmadoras de que o Judiciário possui líderes e pensadores hábeis a conferir novo formato a este sistema em crise e chamado a acertar o passo com as urgências do contemporâneo.

Viajor do mundo, já residiu em Londres e é um jurista de visão aberta e dinâmica, notável destaque num Universo ainda eminentemente conservador.

Sua lucidez e descortino indicam ser ele um nome em ascensão, pronto e apto a desempenhar novas e mais relevantes atribuições nesta República, onde a seriedade, a ética e o comprometimento com o interesse público estão a exigir a

Noticiário
Acesso ao Sumário

presença e atuação de homens como FÁBIO PRIETO DE SOUZA.

PAULO ADIB CASSEB é uma revelação no glorioso Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, privilegiado com a glória de recebê-lo e de fruir de sua erudição, inteligência, idealismo e integral doação à Instituição.

Geneticamente predestinado a ser um líder, pois filho do legendário Professor ADIB CASSEB, seu talento pessoal honrou a estirpe e excedeu-se em efetiva atuação nas múltiplas áreas de seu interesse: magistério, profissão jurídica, intérprete dos anseios dos homens de bem e condutor de processos de otimização do sistema Justiça.

Provido de uma consistente formação, possui o talento de colocá-la a favor de uma causa que registra notável impulso após seu ingresso no TJM e que foi intensificada e prestigiada com sua dinâmica presidência. Respeitado e sedutor em seus pronunciamentos, a Justiça Militar do Brasil já possui em PAULO ADIB CASSEB um representante que a enobrece e, mercê de seu brilho, consegue evidenciar a imprescindibilidade de sua subsistência e fortalecimento. Todo o sistema Justiça reconhece hoje o seu protagonismo, salto qualitativo indiscutível à causa da sua urgente defesa.

WASHINGTON LUIZ GONÇALVES PESTANA é um raro exemplar de integrante da Polícia Militar que sabe conciliar a devoção à milícia com o contínuo aprimoramento em outras áreas e oferecer sua prestimosa colaboração a inúmeras boas causas.

Conheci-o a prestar inestimáveis serviços ao extinto e saudoso Tribunal de Alçada Criminal, onde era, reconhecidamente, um elemento indispensável à garantia da tranquilidade de que precisam gozar os magistrados em atuação nessa área sensível da jurisdição. Foi também um colaborador eficiente no Tribunal Regional Eleitoral, passou por desempenho miliciano à frente de Comandos importantes neste Estado, foi chamado a colaborar com a nascente Corregedoria de Governo e voltou para o Judiciário, que não poderia abrir mão de sua experiência e dedicação.

Acesso ao Sumário

Não se limita a preencher uma Assessoria Policial Militar e provê-la de profissionais atentos, preparados e, sobretudo, polidos. Integrados e permanentemente conscientizados de que servem no ambiente nevrálgico dos aflitos. Os seres humanos que recorrem ao Judiciário são angustiados e merecem tratamento compatível com o norte inspirador da ordem fundante: a dignidade da pessoa.

WASHINGTON PESTANA, atento à situação crítica deste gigantesco Tribunal, investiu em projetos audaciosos e oferece contribuição técnica,

baseada em elementos científicos, para a reformulação do sistema protetivo dos quadros pessoais e dos edifícios utilizados pela Justiça. O seu projeto de vulnerabilidade é de suma importância para a racionalização dos serviços de segurança da Justiça e levou o Tribunal a inscrevê-lo no Prêmio Innovare, como opção inteligente e pioneira.

Honrado com sua amizade, assisti e participei de seu aprimoramento pessoal e funcional. Bacharel pela Faculdade de Direito da USP, continuou a senda dos estudos sérios e consistentes. Elaborou o excelente trabalho Participação Suplementar do policial militar na colheita de elementos de prova nos crimes que deixam vestígios, que cito como paradigma de vinculação da pós-graduação em sentido estrito a ecoar na realidade e a mudar o panorama da íntima vinculação entre a PM e o Poder Judiciário.[1]

Por acompanhar o desenvolvimento dos estudos e a sacrificada ascensão funcional do Coronel PM WASHINGTON LUIZ GONÇALVES PESTANA, circunstância que menciono em várias edições do meu modesto *Etica Geral e Profissional*, sinto-me extremamente honrado por poder homenageá-lo, ao lado de dois outros queridos amigos, ciente de que essa *trindade singular* é um bom vaticínio para o futuro da Medalha "Pedro Chaves".

Muito haveria a ser dito dos três galardoados. Mas as cerimônias da Justiça hão de ser singelas, discretas e rápidas. Um instante de glória, um flash em vidas muito exuberantes, sobretudo naquela matéria-prima de que esta Nação tanto carece: ética pessoal e profissional, comprometimento com as causas edificantes, profundo senso do dever e um séquito de atributos que os credenciam a ser apontados como paradigmas para hoje, amanhã e para sempre.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da aposentadoria do Desembargador Maury Ângelo Bottesini (Homenagem realizada em 25.02.2015).

---

1 Vide Ética Geral e Profissional, José Renato Nalini, 12ª edição, 2015, p. 691, a mencionar o trabalho elaborado por WASHINGTON LUIZ GONÇALVES PESTANA no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais em 2007.

Noticiário

Acesso ao Sumário

Noticiário

Acesso ao Sumário

Saudação ao Des. MAURY ÂNGELO BOTTESINI

Certa ocasião ouvi o **Rabino Henry Sobel** contar a seguinte parábola:

> *Quando observamos, da praia, um veleiro a afastar-se da costa, navegando mar adentro, impelido pela brisa matinal, estamos diante de um espetáculo de rara beleza.*
>
> *O barco, impulsionado pela força dos ventos, vai ganhando o mar azul e nos parece cada vez menor.*
>
> *Não demora muito e só podemos contemplar um pequeno ponto branco na linha remota e indecisa, onde o mar e o céu se encontram.*
>
> *Quem observa o veleiro sumir na linha do horizonte, certamente exclamará: ''já se foi''. Terá sumido? Evaporado? Não, certamente. Apenas o perdemos de vista. O barco continua do mesmo tamanho e com a mesma capacidade que tinha quando estava próximo de nós. Continua tão capaz quanto antes de levar ao porto de destino as cargas recebidas. O veleiro não evaporou, apenas não o podemos mais ver.*
>
> *Mas ele continua o mesmo. E talvez, no exato instante em que alguém diz: ''já se foi'', haverá outras vozes a afirmar: "Ah!, lá vem o veleiro"!*
>
> *Quando o veleiro parte, levando uma preciosa carga que nos é especial, e o vemos sumir na linha que separa o visível do invisível, dizemos: ''já se foi''.*
>
> *Terá mesmo sumido? Evaporado? Não, certamente.*

No mesmo instante em que hoje, aqui no Tribunal de Justiça de São Paulo, diremos, a partir de sua aposentadoria, **Des. Maury**: "é, ele se foi", do outro lado da linha do horizonte (do horizonte profissional, jurídico) alguém

dirá: “Que bom! Ele já está chegando”. E chega levando consigo todo o conhecimento e experiência adquiridos ao longo da vida, em especial de sua jornada na magistratura.

Bem sei que a hora é difícil, meu amigo. A emoção à flor da pele. O coração apertado, já cheio de saudades das pessoas com quem você conviveu tanto tempo no dia-a-dia.

É! Quantas lembranças! Dos que chegaram, ficaram um pouco e se foram. Dos que ficaram muito. Ou daqueles que ainda continuam. Enfim, de todas as pessoas que de alguma forma marcaram a sua vida pessoal e profissional.

Filho e Cidadão de Álvares Florence, Maury, formado pela PUC/SP, depois de exercer a advocacia por cerca de 20 anos, ingressou na Magistratura em 1988, na Circunscrição Judiciária de São José do Rio Preto. Seis meses depois, por remoção, foi para a Circunscrição Judiciária de Santos. Também passou pelas Comarcas de Paraibuna, e Itapecerica da Serra (Foro Distrital de Embu), chegando, em 1990, a Juiz Auxiliar da Capital. De 2000 a 2009 foi juiz da 31ª Vara Cível Central, quando, por remoção, na condição de Juiz Substituto em Segundo Grau, veio para a 38ª Câmara de Direito Privado, onde permaneceu, mesmo depois de nomeado Desembargador em agosto de 2013.

Desnecessário seria registrar a sua conhecida produção intelectual, como autor e ou coautor das obras **Lei de Execução Fiscal comentada e anotada**, salvo engano já na 5ª ou 6ª edição; **Lei dos Planos e Seguros de Saúde**, ambas editadas pela **RT**, e também **Direito Imobiliário: questões contemporâneas**, pela editora **Elsevier**, além de autor de artigos publicados em revistas especializadas.

É! É hora de despedir, de abraçar um por um (nem que seja mentalmente). E todos nós lhe agradecermos pelo pouco ou pelo muito que generosamente recebemos.

Tenha a certeza, **Maury**, que a amizade verdadeira, desinteressada, conquistada e cultivada por você, em momentos de alegria, de tristeza, e mesmo naqueles de esforço conjunto nas mais diversas dificuldades enfrentadas e superadas, sobreviverá, porque irrigada pelos sentimentos de fraternidade e de solidariedade, tão próprios e característicos da sua personalidade, às vezes também polêmica e contundente.

Caro **Maury**, é verdade que a vida é feita de partidas e chegadas. De idas e vindas. Todos sabemos que há tempo de plantar e tempo de colher ... Desejamos que aqueles sonhos, tão acalentados, se realizem, agora, com saúde e alegria, junto a todos aqueles que lhe são caros, nessa nova fase que se inicia, com o

Acesso ao Sumário

veleiro levando-o da aposentadoria da magistratura para as novas perspectivas que se lhe abrem no horizonte jurídico.

Muito Obrigado.

MAURY ÂNGELO BOTTESINI (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião de sua aposentadoria (Sessão realizada em 25.02.2015).

FALA DE DESPEDIDA.

É difícil para mim, passar por essa quadra em que se instaura a última Sessão desta Corte de Justiça, da qual devo participar como Membro integrante da Colenda 38ª Câmara de Direito Privado, onde estou desde quando vim da Primeira Instância para integrar, ainda como Juiz Substituto, este Egrégio Tribunal de Justiça. O momento é de alegrias e de tristezas. De despedidas e de reencontras. De mudanças para aquilo que conhecemos por ouvir dizer, mas que ainda não experimentamos.

Aposentado, terei que trilhar os caminhos da vida sem os predicamentos da magistratura, os quais honrei sempre, enquanto os exerci, e que devo continuar honrando e mantendo sem violações em razão da vitaliciedade que decorre do Cargo de Desembargador. Assim agirei até o fim dos meus dias, e enquanto me preparo para os atos do final da minha caminhada.

A vida, para mim, tem os contornos de uma grande fogueira que se acendeu quando eu nasci e seguirá queimando, por algum tempo, até o exaurimento do combustível. A conclusão, então, é que a vida é uma grande fogueira e dela só restarão cinzas. O que importa, ao fim e ao cabo, é que a fogueira tenha sido alta e que seu brilho tenha iluminado, mesmo que por instantes, a tela em que rabiscamos nossa trajetória pelo mundo.

Acesso ao Sumário

Saio da magistratura como entrei: com fé na Justiça e cuidados com as pessoas que a distribuem, mas sobretudo, cuidados com a pessoas e instituições

que buscam por Justiça. Não levo mágoas, apesar de alguns constrangimentos durante o tempo da minha judicatura. Nada que o tempo não tenha apagado sem deixar registro dos fatos, e principalmente, sem lembrança dos nomes. Venho, por todo o tempo, cometendo o pecado de não dar importância nem relevância a tudo aquilo que me desagrada.

Não levo mágoas e também não carrego culpas. O que foi feito está feito.

Levo comigo, no entanto, um imenso cabedal de conhecimentos técnicos, de amizades que de tão importantes se equiparam ao parentesco.

Deixo, por aqui e por aí, apenas os meus exemplos. Que tanto podem servir de modelo a seguir, como modelo do que deve ser evitado. Depende apenas do que pretende quem se deparar com esses exemplos e os examinar.

Não posso me despedir sem me referir a um dos mais emblemáticos símbolos da magistratura que é a gola de arminho que exorna a nossa toga. O arminho é um animal cuja caça se faz enchendo de lama a entrada de sua toca. E ele se deixa matar pelo caçador, mas nunca suja suas patas com a lama que é posta na passagem para a fuga que lhe salvaria a vida. Que a raridade das golas de verdadeira pele de arminho nas togas não seja razão para descumprir o que sugere esse emblema.

Agradecimentos são muitos. Nenhum ser humano consegue executar as tarefas que lhe são impostas nas carreiras de Estado, exigidas pelo Leviatã, sem os assistentes e colaboradores. Não há entre eles, os mais importantes nem os mais humildes. Há apenas pessoas que nos conduzem nas dificuldades, que nos apoiam nos equívocos, nos levantam quando caímos, e que nos animam quando estamos deprimidos.

No entanto, devo destacar o muito que devo às mulheres que me acompanharam na caminhada que me trouxe até aqui e que certamente tornarão menos pesados e mais alegres os dias que ainda me restam na vida.

Enfim, vou prá não voltar. E vou cercado da atenção e do carinho dos amigos, e com o apoio dos familiares.

Tudo na vida e passageiro. Me dou conta, apenas agora, que passei pela magistratura paulista e inscrevi meu nome ao lado dos milhares que também o fizeram. Não é pouco para quem nasceu no sertão paulista. Aos que ficam, saibam que estão convocados para continuar a obra dos que os antecederam, fazendo cada vez mais respeitada a Magistratura.

Acho que é caso de dizer 27 vezes Obrigado, uma para cada ano que passei como integrante da Magistratura Paulista.

Noticiário

Acesso ao Sumário

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do Vitaliciamento dos Juízes do 183º Concurso de Ingresso na Magistratura (Solenidade realizada em 06.03.2015).

DISCURSO VITALICIAMENTO JUÍZES DO 183º CONCURSO DE INGRESSO

A seleção de juízes é uma questão recorrente e tormentosa na preocupação de todas as Democracias. De um recrutamento eficiente resulta a construção da harmonia, a solução dos conflitos e a consolidação do Estado de Direito.

O Brasil adotou modelo que concilia transparência e meritocracia. Acorrem aos concursos os bacharéis em ciências jurídicas e o certame público de provas e títulos prioriza a capacidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo está prestes a realizar o seu 186º Concurso de Ingresso e pode orgulhar-se do êxito obtido em todos os anteriores. São 2.500 magistrados em atividade, responsáveis por 25 milhões de processos em curso. Um quarto de todas as ações judiciais que tramitam pelos quase 100 tribunais brasileiros.

O vitaliciamento dos Magistrados do 183º Concurso de Ingresso é uma solenidade plena de simbolismo. O predicamento da vitaliciedade relativa é um dos mais relevantes atributos da Magistratura. Ao lado da inamovibilidade, representa garantia de que o juiz terá tranquilidade para decidir de acordo com o ordenamento e com sua consciência. Não haverá influências exteriores incontornáveis, que possam afastá-lo da jurisdição.

Já o terceiro polo destinado a assegurar um desempenho liberado de dificuldades materiais - a irredutibilidade de vencimentos - foi estendido a todo servidor estatal e sofre as vicissitudes das intermitentes crises econômico-financeiras.

O concurso a que Vossas Excelências se submeteram foi atípico. Mereci de meus pares a honra de presidi-lo. Compunham a Banca inicial os desembargadores José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Paulo Eduardo Razuk, Antonio Carlos Tristão Ribeiro e o advogado Manuel Alceu Affonso Ferreira. Diante de minha eleição para a Corregedoria Geral da Justiça,

Acesso ao Sumário

assumiu a presidência o Desembargador Xavier de Aquino. Substituiu-o como representante da Seção de Direito Público o Desembargador Ricardo Henry Marques Dip e para suprir a vaga deixada pelo Desembargador Antonio Carlos Tristão Ribeiro, eleito Presidente da Seção Criminal, assumiu o Desembargador Francisco José Galvão Bruno. Em seguida, o Desembargador Fernando Torres Garcia. O advogado Antonio Penteado Mendonça passou a titular, na condição de membro da OAB.

A atipicidade resultou de comandos do CNJ, na continuidade de um certame que teve duas Comissões Examinadoras. O Presidente da segunda fase foi o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, acompanhado dos Desembargadores Antonio Carlos Villen, Manoel de Queiroz Pereira Calças, Otávio Henrique de Sousa Lima e pelo advogado Flávio Luiz Yarshell.

A qualidade dos examinadores envolvidos é a certeza de que, mais uma vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior do Planeta, escolheu bem a nova geração de magistrados. Sobre estes recai uma responsabilidade crescente e os tempos são outros, muito diversos da aparente estabilidade propiciada por um convívio menos turbulento, mais sereno e mais polido.

A excessiva judicialização representa mais uma patologia do que termômetro democrático. O acesso à Justiça não pode ser reduzido a obrigatório e inevitável ingresso ao Judiciário, com sua complexidade e sofisticação, suas quatro instâncias e dezenas de oportunidades de reapreciação do mesmo tema, fruto de um caótico sistema recursal.

O declínio de valores que preponderaram durante séculos dessacralizou a Justiça. Fenômeno que afetou também a Medicina, o sacerdócio e corroeu toda atividade pública. O juiz é incessantemente cobrado, seu comportamento exposto a um exame com lupa cruel, suas decisões comentadas e criticadas. O milagre das redes sociais e a divulgação instantânea e *on line* de episódios insólitos submete o magistrado a uma tensão estressante.

Ávida de prospectar exotismo e morbidez, a mídia suscita na comunidade **um cáustico** e sagaz exercício de permanente demolição de reputações. O juiz continua na alça de mira de todos os espectadores.

Os canais abertos à participação, corolário da republicana transparência, fazem chegar às Corregedorias, às Ouvidorias e outras instâncias uma cornucópia de queixumes. Ninguém é poupado, todo exercente de uma parcela de autoridade está sujeito a ser enxovalhado, enlameado e execrado.

Um dos mais flagrantes paradoxos da complexa e heterogênea sociedade brasileira é o aparente descompasso entre a exagerada busca ao Judiciário e

a escassa confiabilidade que o sistema Justiça recebe por parte da sociedade. Menos de um terço dos entrevistados no ano passado pela FGV confiam no Judiciário. Mesmo assim, a sensação que o Brasil fornece ao mundo é o de que aqui todos litigam.

Num ambiente demandista e, de certa forma, individualista e egoísta, crescem os riscos para o juiz. É o profissional que foi chamado para julgar seu semelhante e para administrar interesses antagônicos. Sua missão desagrada obrigatoriamente um dos polos dessa arena de astúcias em que se transformou o processo. Mas é cada vez mais frequente desagradar todos os partícipes da cena judiciária.

Para sobreviver nesta era de abundância de direitos e de carência de obrigações, cada julgador há de se munir de dose infinita de paciência, de tolerância, de compreensão benevolente da miséria humana.

Um juiz existe para resolver. Para solucionar. Para decidir, não para institucionalizar os problemas. A França, escola permanente em que o Brasil se abeberou durante séculos, e de onde Portugal e nossa Pátria copiaram o padrão das Escolas da Magistratura, investe muito no modelo *decideur*. Diminua-se o passo para elucubrações, para tergiversações, para a prolixidade e a divagação. A ordem é "direto ao ponto". Com objetividade, clareza e concisão. Não é difícil complicar, o difícil é ser simples.

Sobretudo, investir em contínuo crescimento ético. A Ética Judicial no século XXI, está indissoluvelmente ligada à produtividade. Um Judiciário consciente de sua missão, imbuído da convicção de que é também destinatário da mensagem do constituinte rumo à edificação de uma Pátria Justa, Fraterna e Solidária, poderá consolidar a Democracia Participativa nesta República das intempéries morais e da corrupção endêmica.

No momento em que a Nação tem todos os motivos para desacreditar da política, para generalizar a falência da moral, para um desalento contaminante, o juiz assume um protagonismo vital. Desde que responda, em tempo oportuno - como determina a Constituição - às demandas que são submetidas à sua apreciação.

Acesso ao Sumário

Simultaneamente, disseminar a cultura da pacificação. Atentar para a sensatez dos antigos, quando proverbiavam - *mais vale um mau acordo do que uma boa demanda* - e vencer, com coragem, a intolerável carga dos processos que não cessam de chegar.

No momento em que a sociedade aprender a vivenciar o esquecido princípio da subsidiariedade, conseguir resolver diretamente as questões

rotineiras hoje apresentadas ao Judiciário, o juiz brasileiro terá condições de voltar à elaboração minuciosa e meditada de decisões lapidares. Hoje, a hora é de desbastar a pletora de feitos, muitos dos quais repetitivos e sazonais, merecedores de resposta pronta e sintética.

Essa era talvez resida no horizonte de cada um dos senhores. É inatingível pela minha geração, que assiste perplexa a uma célere deterioração dos costumes e dos valores e que não conseguiu submeter o sistema Justiça à profunda reforma estrutural que continua a merecer.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acredita em seus critérios de seleção, confiados a idealistas, em busca de talentos e vocações que preservem suas gloriosas tradições. E formula seus mais honestos votos de que todos os senhores, cada um de vocês, encontre na carreira o nutriente da esperança. Realimentem-se a cada dia, na certeza de que a Magistratura, como vocação, é uma das mais auspiciosas experiências que um ser humano pode vivenciar.

Deus os abençoe e sejam felizes!

Acesso ao Sumário